كتاب الهداية في الفقه

٢٥ شح

آيا صوفيه
١٠٧٥

ايا صوفيه
١٠٧٥

يا كبيكج عاشني حسن ما بشا قوللرنهاري

حسبي الله ونعم الوكيل لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

من نعم الله سبحانه وتعالى الى الفقير عثمان

عفي له

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شرايع الشرع واحكامه
وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين الى سبيل الحق هادين
واخلفهم علماء الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم
مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الارشاد وخص
اوايل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسايل من كل جلي ودقيق
غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع
واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من صنعة
الرجال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى على الوعد
في مبدأ بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية المنتهي
فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكئ عنه اتكاء الفراغ
تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت
العنان والعناية الى شرح آخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله بين
عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوايد في كل باب معرضا عن هذا
النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول واسأل
الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من
سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت
عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله
ثم سألني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله

في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير وهو
على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم
الاية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص والغسل
هو الاسالة والمسح الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن
والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها قال
والمرفقان والكعبان تدخلان في الغسل خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان
الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط
ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم
اليها اذ الاسم على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح لانه
مشتق من النتو ومنه الكاعب والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو
ربع الراس لما روى المغيرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اتى سباطة قوم
فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة
على الشافعي في التقدير بثلث شعرات وعلى مالك رحمه الله في اشتراطه الاستيعاب
وفي بعض الروايات قدره اصحابنا بثلثة اصابع لانها اكثر ما هو الاصل في آلة
المسح قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ
المتوضي من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن
يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت يده ولان اليد آلة التطهير
فيسن البداية بغسلها بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف
وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم والمراد
نفي الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء
وبعده هو الصحيح والسواك لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده
يعالج بالاصابع لانه عليه السلام فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق
لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلثا ياخذ لكل مرة
ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي من وضوئه عليه السلام ومسح

قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملاء الفم
لانه سوداء محترق وان كان مايعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه
وعندهما ان سال بقوة نفسه تنقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست
بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف نقض
بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا
او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء
المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء
يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض فيبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع
من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود
والركوع والسجود في الصلوة وغيرها لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط
فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما
او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا استرخت
مفاصله والغلبة على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء
والاغماء حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء
فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس ان لا ينقض
وهو قول الشافعي لانه ليس بخارج ولهذا لم يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة
التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد
الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر
عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون
جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض
فان خرجت من راس الجرح او سقط اللحم لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا
لان النجس ما عليها وهو قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء
والفساء بخلاف الريح الخارجة من القبل والذكر لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى
لو كانت المرأة مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة
فسال منها ماء او صديد او غيره ان سال عن راس الجرح نقض وان لم يسل

لا ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين
وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا
ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض
لانه مخرج وليس بخارج

فصل

في الغسل وفرض الغسل المضمضة
والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان لقوله عليه السلام
عشر من الفطرة اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين
في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن
الا ان يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل
الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله
عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ
المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه
للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على راسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك
المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة اغتسال رسول الله صلى الله عليه
وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى
لو كان على لوح لا يؤخر ويبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة
الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفايرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر
لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك
وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها
قال والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل
والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل
لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير
يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل
اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن الشهوة ثم المعتبر عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف
رحمه الله ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه

قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملاء الفم
لانه سوداء محترق وان كان مايعا فكذلك عند محمد اعتبارا بسائر انواعه
وعندهما ان سال بقوة نفسه تنقض الوضوء وان كان قليلا لان المعدة ليست
بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف نقض
بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا
او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخاء
المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء
يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض فيبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع
من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود
والركوع والسجود في الصلوة وغيرها لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط
فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما
او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا استرخت
مفاصله والغلبة على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء
والاغماء حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء
فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس ان لا ينقض
وهو قول الشافعي لانه ليس بخارج ولهذا لم يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة
التلاوة وخارج الصلوة ولنا قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد
الوضوء والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر
عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون
جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض
فان خرجت من راس الجرح او سقط اللحم لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا
لان النجس ما عليها وهو قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء
والفساء بخلاف الريح الخارج من القبل والذكر لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى
لو كانت المراة مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة
فسال منها ماء او صديد او غيره ان سال عن راس الجرح نقض وان لم يسل

لا ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين
وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا
ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض
لانه مخرج وليس بخارج **فصل** في الغسل وفرض الغسل المضمضة
والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان لقوله عليه السلام
عشر من الفطرة اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين
في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن
الا ان يتعذر ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل
الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله
عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ
المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه
للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على راسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك
المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة اغتسال رسول الله صلى الله عليه
وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى
لو كان على لوح لا يؤخر ويبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة
الماء وليس على المراة ان تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر
لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك
وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها
قال والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل
والمراة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل
لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير
يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل
اذا قضى شهوته من المراة والحديث محمول على الخروج عن الشهوة ثم المعتبر عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف
رحمه الله ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه

متى وجب من وجه فالاحتياط فى الايجاب ولى والتقاء الختانين من غير
انزال لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وغاب الحشفة وجب الغسل
انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته
فيقام مقامه وكذا الايلاج فى الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا
بخلاف البهيمة وما دون الفرج لان السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى
حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس للاجماع وسن رسول الله صلى الله عليه
الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنة وقيل هذه الاربعة مستحبة
وسمى محمد الغسل فى يوم الجمعة حسنا فى الاصل وقال مالك هو واجب لقوله عليه
من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضا يوم الجمعة فبها ونعمت
ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا
للصلوة عند ابى يوسف وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة
بها وفيه خلاف الحسن رحمه الله والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما بمنزلة الجمعة
لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذى بالرايحة الكريهة واما
فى عرفة والاحرام فسنبينه فى المناسك ان شاء الله وليس فى المذى والودي
غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذى وفيه الوضوء والودي
الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمنى خاثر ابيض
ينكسر منه الذكر والمذى رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله
والتفسير ماثور عن عايشه رضى الله عنها باب

الماء الذى يجوز به الوضوء

الطهارة من الاحداث جايزة بماء السماء والاودية
والعيون والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله
عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شئ الا ما غير لونه او طعمه او ريحه ومطلق
الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق
والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة فى هذه الاعضاء تعبدية فلا يتعدى
الى غير المنصوص عليه اما الماء الذى يقطر من الكرم يجوز التوضى به لانه ماء خرج
من غير علاج ذكره فى جامع ابى يوسف وفى الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار

ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه من طبع الماء كالاشربة والخل وماء الباقلى
والمرق وماء الزردج وماء الورد لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلا
ماء تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضى به ويجوز الطهارة بماء
خالطه شئ طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذى اختلط به اللبن
او الزعفران او الصابون او الاشنان قال رضى الله عنه اجرى فى المختصر
ماء الزردج مجرى المرق والمروى عن ابى يوسف انه بمنزلة ماء الزعفران
وهو الصحيح كذا اختاره الناطفى والامام السرخسى وقال الشافعى رحمه الله
لا يجوز التوضى بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد
الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنه
عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة
واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا يعتبر
لعدم امكان الاحتراز عنه كما فى اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء
لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضى به
لانه لم يبق فى معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا طبخ فيه ما يقصد به
المبالغة فى النظافة كالاشنان ونحوه الا ان يغلب ذلك الماء فيصير كالسويق
المخلوط لزوال اسم الماء عنه قال وكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء
منه قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك يجوز ما لم يتغير احد اوصافه
لما روينا وقال الشافعى يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ
الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام
لا يبولن احدكم فى الماء الدايم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذى
رواه مالك رحمه الله ورد فى بئر بضاعة وماؤه كان جاريا فى البساتين
وما رواه الشافعى ضعفه ابو داود رحمه الله او هو يضعف عن احتمال النجاسة
والماء الجارى اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها
لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو الطعم او الرايحة او اللون والجارى ما لا يتكرر
استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذى لا يتحرك احد طرفيه

بتحريك طرفه الآخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب
الآخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق
اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول
ابي يوسف وعنه بالتحريك باليد وعن محمد رحمه الله بالتوضي ووجه الاول
ان الحاجة الى الاغتسال في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا
بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى
والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب
جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف
لا ينجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري قال وموت ما ليس له نفس سائلة
في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوه وقال الشافعي
يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة اية بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه
ضرورة ولنا قوله عليه السلام هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان
المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه
ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش في الماء
فيه كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا
انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها
اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده
لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري
سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون
توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد قال والماء المستعمل
لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة
بعد اخرى كالقطوع وقال زفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله ان كان
المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر
حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا
فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رحمه الله

وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه طاهر غير طهور لان العضو طاهر والطاعة
لا يوجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال
ابو حنيفة وابو يوسف هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء
الدايم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء ازيلت به النجاسة
الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله نجاسة غليظة اعتبارا
بالمستعمل في الحقيقة وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف
والماء المستعمل كل ما ازيل به حدث واستعمل في البدن على وجه القربة
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة ايضا وقال
محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام
اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت
الفساد بالامرين ومتى يصير الماء مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا
لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب
اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط
عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد كلاهما طاهران
الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية التقرب وعند ابي حنيفة كلاهما
نجسان الماء لاسقاط الفرض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية
الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر
لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه
قال وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير
والادمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على
مالك رحمه الله في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة
بالاهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب
بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس
العين اذ الهاء في قوله تعالى انه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع
باجزاء الادمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ

وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به ولا معنى لاشتراط غيره
وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات
النجسة وكذلك يطهر لحمها وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال
الشافعي رحمه الله نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيهما ولهذا لا يتألم
بقطعهما فلا يحلهما الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر
وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع
لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر

واذا وقعت في البئر نجاسة
نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية
على اتباع الاثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل والغنم
لم يفسد الماء استحسانا والقياس ان يفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل
وجه الاستحسان ان الآبار التي في الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي
تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو
ما يستكثره الناظر اليه هو المروي عن ابي حنيفة وعليه الاعتماد ولا فرق
بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة
يشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا يرمى البعر ويشرب
اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين فان وقع فيها خرء الحمام
والعصفور لا يفسد خلافا للشافعي له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء
الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر
بتطهيرها واستحالته الى نتن رائحة فاشبه الحماءة فان بالت فيها شاة نزح الماء
كله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لم ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج
من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يوكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما
له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله
عليه السلام استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل
الى نتن وفساد فصار كبول ما يوكل لحمه وتأويل ما روي انه عرف شفاءهم

فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه
فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة وعند محمد يحل للتداوي
وغيره لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية
او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغره يعني
بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر
فاخرجت من ساعته ينزح منها عشرون دلوا الى ثلثين والعصفورة ونحوها
تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون
بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح
منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر
لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت
في البئر نزح منها اربعون دلوا وهذا البيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب
ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيها صاع ولو
نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها
شاة او ادمي او كلب نزح جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله
عنهما افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم فان انتفخ الحيوان
او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان
كانت البئر معينة لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها وطريق معرفته
ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلي
او يرسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء
ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان
عن ابي يوسف وعن محمد مائتا دلو الى ثلثمائة فكانه بنى على ما شاهد في بلده
وعن ابي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم
يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء
وهذا اشبه بالفقه وان وجد في البئر فارة او غيرها لا يدرى متى وقعت
ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا كل شيء

اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت وتفسخت اعاد صلوة ثلثة
ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليهم اعادة شيء
حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن راى في ثوبه
نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا
وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ دليل التقادم فيقدر
بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرنا بيوم وليلة
لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال
المعلى هي على الخلاف فيقدر بالثلاث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم
فالثوب بمرأى عينه والبئر غائب عن بصره فيفترقان

فصل في الاسار وغيرها

وعرق كل شيء معتبر بسوره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه
وسور الادمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد
من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسور الكلب
نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام الاناء من ولوغ
الكلب ثلاثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس الاناء من ولوغه
فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي
في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سوره
وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسور الخنزير
نجس لانه نجس العين على ما مر وسور سباع البهائم نجس خلافا للشافعي
فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر
في هذا الباب وسور الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف انه غير مكروه لان
النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما
قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد به بيان الحكم الا انه سقطت النجاسة
لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته
لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب
من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فوره الماء الا اذا مكثت ساعة

بغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وسقط اعتبار الصب
للضرورة وسور الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت
محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدمها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة
وكذا سور سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبهت المخلاة وعن ابي يوسف
انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن
المشايخ هذه الرواية وسور ما يسكن البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم
اوجبت نجاسة السور الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف وبقيت الكراهة
والتنبيه على العلة في الهرة وسور البغل والحمار مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته
لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك
في طهوريته لانه لو وجد الماء لا يجب عليه غسل رأسه وكذا لبنه طاهر
وان حرم وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش فكذا سوره وهو الاصح ويروى
نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف
الصحابة رضوان الله عليهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رحمه الله انه
نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد
غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر لا يجوز الا ان يقدم الوضوء
لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد
الجمع دون الترتيب وسور الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده
في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة
رحمه الله يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن قال النبي عليه السلام توضأ به
حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن ابي حنيفة
رحمه وبه قال الشافعي رحمه الله عملا باية التيمم لانها اقوى وهو منسوخ
بها لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة وقال محمد يتوضأ به ويتيمم لان في الحديث
اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير
واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم
وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء

وقيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل
على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته
النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة يجوز
التوضي به لانه يحل شربه عنده وعند محمد لا يتوضا به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي
بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد ماء وهو مسافر او خارج المصر بينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم
بالصعيد لقوله عز وجل فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه
السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار
في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر
المسافة دون خوف الفوت لان التفريط يأتي من قبله ولو كان يجد الماء
الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر
في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى
ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي
خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله
البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان
في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان
يمسح باحدهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم
ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر
ما تناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية
لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح
والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاؤا
الى رسول الله عليه السلام وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء
شهرا وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم
ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الارض من التراب
والرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف لا يجوز

الا بالتراب والرمل وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية
عن ابي يوسف لقوله تعالى صعيدا طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس غير
ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد
اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق
بموضع الطهارة او هو المراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار
عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد
عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال زفر
ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ
عن القصد فلا يتحقق دونه او لانه جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور
بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا يشترط
نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب فان تيمم نصراني يريد
الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو
متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف
لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة
قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف
سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضا
لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط
النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال
زفر يبطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في
النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما
لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية منه وينقض
التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا
رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المرادة بالوجود الذي
هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم
قادر تقديرا والمراد ما يكفي الوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا الانتهاء

ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير
فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان
يؤخر الصلوة الى اخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء
باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف
في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الظن كالمتحقق وجه الظاهر
ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء
من الفرايض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية
ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في
المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان يفوته
الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل
بالطهارة ان يفوته الصلوة يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة
الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان للولي
حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام او المقتدي في صلوة
العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ
الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض
يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم
تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته
فتفسد ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك
الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف
العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته
لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم
وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ورضي الله عنهما وقال ابو يوسف
رحمه الله يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره
وذكره في الوقت وبعده سواء له انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله
ثوب نسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب

ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود واما الرحل فمعد
للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق
ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة الى خلف وهو التيمم وليس
على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب
عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب
على ظنه ان هناك لم يجزله ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا
الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته
وان كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه
منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة رضي الله
عنه لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول
عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم
لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط
والله اعلم بالصواب

باب

المسح على الخفين جايز
بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا
لكن من راه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان ماجورا ويجوز من كل حدث موجب
للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب
للوضوء لانه لا مسح بالجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متاخر
لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست
ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا وقوله اذا
لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت
الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة
ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى
كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا
ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها لقوله عليه
السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها قال

وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة
من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل
الاصابع الى الساق لحديث المغيرة ان النبي عليه السلام وضع يديه
على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر
الى اثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع
ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه
لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من
الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار
ثلثة اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل والاول
اصح اعتبارا لالة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كثير يتبين منه
قدر ثلثة اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي
لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا ان
الخفاف لا يخلو عن قليل الخرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع ويخلو عن
الكثير فلا حرج والكثير ان ينكشف قدر ثلثة اصابع من اصابع الرجل
اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها
فقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا يعتبر بدخول الانامل
اذا كان لا ينفرج عند المشي فيعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع
الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع
قطع السفر بالاخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف
العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث
صفوان بن عسال قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا
كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول
او غائط او نوم ولان الجنابة لا يتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف
الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض
الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث

زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة
واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل
رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل
المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما
وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح
وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل
تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه
حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه اخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم
سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو
مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه
وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة ومن لبس الجرموق فوق
الخف مسح عليه خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول البدل لا يكون بدل
ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف
استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن
الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل
بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح
لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان ينفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح
على الجوربين عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكونا مجلدين او منعلين
وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه وهو ان يستمسك على الساق
من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه
لا يمكنه مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث
وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة
والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشيا
والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء

لانه عليه السلام فعل ذلك وامر عليا رضى الله عنه ولان الحرج فيه
فوق الحرج فى نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثره
ذكره الحسن رحمه الله ولا يتوقت لعدم التوقيف فى التوقيت وان
سقطت الجبيرة غير برء لا يبطل المسح لان العذر قايم والمسح عليها
كالغسل لما تحتها مادام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال
العذر وان كان فى الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل
حصول المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله
عليه السلام اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره
عشرة ايام وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى التقدير بيوم وليلة
وعن ابى يوسف رحمه الله يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة
للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام
والزوايد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى التقدير
بخمسة عشر يوما ثم الزوايد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع
يمنع الحاق غيره به وما تراه المراة من الحمرة والصفرة والكدرة
حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون
الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدر
عن الصافى ولهما ما روى ان عايشة رضى الله عنها جعلت ما سوى
البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج
الكدر اولا كالجرة اذا ثقبت اسفلها فاما الخضرة فالصحيح ان المراة اذا
اذا كانت من ذوات الاقراء يكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان
كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة يحمل على فساد المنبت ولا يكون حيضا
والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليه الصوم وتقضى الصيام
ولا تقضى الصلوة لقول عايشة رضى الله عنها كانت احدانا على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت من حيضها تقضى الصيام ولا تقضى

الصلوات ولان فى قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج فى قضاء الصوم
ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عليه السلام فانى لا احل المسجد لحائض
ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعى رحمه الله فى اباحته الدخول على وجه
العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف فى المسجد ولا يأتيها زوجها
لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحايض والجنب والنفساء
قراءة القرآن لقوله عليه السلام لا يقرأ الحايض والجنب شيئا من القرآن
وهو حجة على مالك فى الحايض وهو باطلاقه يتناول ما دون الاية فيكون
حجة على الطحاوى فى اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ
درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف
الا بغلافه لقوله عليه السلم لا يمس القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة
حلا اليد فيستويان فى حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث
فيفترقان فى حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا دون ما هو متصل
كالجلد بالمشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع
بخلاف كتب الشريعة لاهلها حيث رخص فى مسها بالكم لان فيه ضرورة
ولا بأس بدفع المصحف الى الصبيان لان فى المنع تضييع حفظ القرآن
وفى الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح واذا انقطع دم الحيض
لاقل من عشرة ايام لم يحل وطئها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع
اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى
عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطئها
لان الصلوة صارت دينا فى ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون
عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضى عادتها وان اغتسلت لان العود
فى العادة غالب فكان الاحتياط فى الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة
ايام حل وطئها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه
لا يستحب قبل الاغتسال للنهى فى القراءة بالتشديد والطهر المتخلل
بين الدمين فى مدة الحيض فهو كالدم المتوالى قال هذا احدى الروايات

عن ابى حنيفه رحمه الله ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس
بشرط بالاجماع فيعتبر اوله واخره كالنصاب فى باب الزكوة وعن
ابى يوسف وهو روايته عن ابى حنيفه رحمه الله وقيل هو اخر اقواله ان
الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر لا يفصل وهو كله كالدم المتوالى لانه
طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف
فى كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روى عن ابرهيم النخعى
رحمه الله وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة
وسنين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب
العادة ويعرف ذلك فى كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع
الصوم ولا الصلوة ولا الوطئ لقوله عليه السلام توضى وصلى
وان قطر الدم على الحصير قطرا واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم
والوطئ بنتيجة الاجماع ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة
دونها ردت الى ايام عادتها والذى زاد استحاضة لقوله عليه السلام
المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزايد على العادة يجانس
ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها
عشرة ايام من كل شهر والباقى استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج
عنه بالشك

فصل المستحاضة ومن به سلس البول والرعاف
الدايم والجرح الذى لا يرقا يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون
بذلك الوضوء فى الوقت ما شاؤا من الفرايض والنوافل وقال
الشافعى رحمه الله تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام
المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها لضرورة اداء
المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة
تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام يستعار للوقت
يقال اتيتك لصلوة الظهر اى وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء
تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا

الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند الثلثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله
استأنفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى
يذهب وقت الظهر وهذا عند ابى حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
وزفر رحمهما الله اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة
المعذور تنتقض بخروج الوقت بالحدث السابق عند ابى حنيفة ومحمد
رحمهما الله وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابى يوسف وفائدة الاختلاف
لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان
اعتبار الطهارة مع المنافى للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت
فلا يعتبر ولابى يوسف رحمه الله ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا يعتبر
قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من
الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فيظهر اعتبار
الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور
لصلوة العيد له ان يصلى الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلوة
الضحى ولو توضأ مرة للظهر فى وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له
ان يصلى العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هى التى
لا يمضى عليها وقت صلوة الا والحدث الذى ابتليت به يوجد فيه وكذا كل
من هو فى معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن او انفلات
ريح لان الضرورة بهذا يتحقق وهى تعم الكل والله اعلم

فصل فى النفاس والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه مأخوذ
من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم
والدم الذى تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة
وان كان ممتدا وقال الشافعى رحمه الله حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما
جميعا من الرحم ولنا ان الحبل ينسد فم الرحم وكذا العادة والنفاس بعد
انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما
يروى عن ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله لا ينفتح فيتنفس به والسقط

الذى يستبان بعض خلقه ولد حتى تصير المرأة به نفساء وتصير
الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضى به واقل النفاس لاحد له لانه
لا تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه
فى الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة
رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم وقت للنفساء اربعين
يوما وهو حجة على الشافعى فى اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين
وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة فى النفاس ردت الى ايام عادتها
لما بيّنا فى الحيض وان لم يكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما
لانه امكن جعله نفاسا وان ولدت ولدين فى بطن واحد فنفاسها
من الولد الاول عند ابى حنيفه وابى يوسف رحمهما الله وان كان بين
الولدين اربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الاخير وهو
قول زفر لانها حامل بعد وضع الحمل الاول فلا تصير نفساء كما انها
لا تحيض ولهذا ينقضى العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض
لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس
بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فتناول
الجميع والله اعلم

باب الانجاس والتطهير

تطهير الانجاس
واجب من بدن المصلى وثوبه والمكان الذى يصلى عليه لقوله تعالى
وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتّيه واقرصيه ثم اغسليه بالماء
واذا وجب التطهير بما ذكرنا فى الثوب وجب فى البدن والمكان
لان الاستعمال فى حالة الصلوة يشتمل الكل ويجوز تطهيرها
بالماء وبكل مايع يمكن ازالتها كالخل وماء الورد وبماء اذا عصر
انعصر وهذا عند ابى حنيفه وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
والشافعى لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس
لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك فى الماء للضرورة ولهما
ان المايع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة

فاذا انتهت اجزاء النجس تبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب
والبدن وهو قول ابى حنيفه رضى الله عنه واحدى الروايتين عن
ابى يوسف وعنه انه فرق بينهما فلم يجوزه فى البدن بغير الماء واذا
اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمنى فجفت
فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا يجوز
وهو القياس الا فى المنى خاصة لان المتداخل فى الخف لا يزيلها الجفاف
والدلك بخلاف المنى على ما نذكر ولهما قوله عليه السلام فان كان
بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد
لا يتداخله اجزاء النجاسة الا قليل ثم يجتذبه الجرم اذا جف واذا زال
زال بما قام به وفى الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره
ولا يطهره وعن ابى يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة
يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله
فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر
لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل
جرم له والثوب لا يجزى فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله
يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمنى نجس
يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزاه فيه الفرك لقوله عليه
السلام لعايشة رضى الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان
كان يابسا وقال الشافعى رحمه الله المنى طاهر والحجة عليه ما رويناه
وقال عليه السلام انما تغسل الثوب من خمس وذكر منها المنى
ولو اصاب البدن قال مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى
فيه اشد وعن ابى حنيفه رضى الله عنه انه لا يطهر لان حرارة البدن
جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت
المرآة والسيف اكتفى بمسحهما لانه لا يتداخله النجاسة وما على ظاهره
يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها

جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه لم يوجد
المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكوة الارض
يبسها وانما لا يجوز التيمم لان الطهارة الصعيد ثبتت شرطا بالنص
فلا يتادى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونها من النجاسة
المغلظة كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت
الصلوة معه وان زاد لم يجز وقال زفر والشافعي قليل النجاسة
وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل
لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع
الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض
الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال
وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق
والثانيه في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها
ثبت بدليل مقطوع به وان كان مخففة كبول ما يؤكل لحمه جاز الصلوة
معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفه رضي الله عنه لان
التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام
وعنه ربع ادنى ثوب يجوز فيه الصلوة كالميزر وقيل ربع الموضع الذي
اصابه كالذيل والكم والدخريص وعن ابي يوسف رحمه الله شبر في شبر
وانما كانت مخففة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف
في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب
الثوب من الروث واخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روى
انه عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه
غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه
حتى يفحش لان الاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما
ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف

بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في
التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين ماكول اللحم وغير
ماكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق ابا حنيفة في غير الماكول ووافقهما
في الماكول وعن محمد انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش
لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه في الخف
يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسد حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يمنع وان فحش لان بول
ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي حنيفه وعند ابي يوسف
ولحمه ماكول عندهما واما عند ابي حنيفه رضي الله عنه التخفيف لتعارض
الاثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم
اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
لا يجوز وقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو
الاصح هو يقول التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا
يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت الضرورة
ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني
عنه وان اصابه من دم السمك او من لعاب البغل والحمار اكثر من
قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك فلانه ليس بدم على
التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر فيه الكثير
الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك
فيه فلا يتنجس به الطاهر وان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر
فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه والنجاسة ضربان
مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال عينه لان
النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزواله الا ان يبقى من اثره
ما يشق ازالته لان الحرج موضوع وهذا يشير الى انه لا يشترط
الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام

ومما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه
قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع زواله فاعتبر
غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلاث لان غالب الظن
يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتايد ذلك
حديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر
الرواية لانه هو المستخرج والله اعلم

فصل في الاستنجاء

الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه
الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء
فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رحمه الله
لا بد من التلث لقوله عليه السلام وليستنج بثلثة احجار ولنا
قوله عليه السلام من استجمر فليوتر ومن فعل فحسن ومن لا فلا حرج
والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى
بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى
فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء
هو ادب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع غالب ظنه
انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلث
في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز الا الماء
وفي بعض النسخ الا المايع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو
بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع
الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع
وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجاء اعتبارا بساير المواضع ولا
يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل
يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم
كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه
لان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين والله اعلم

كتاب الصلوة

باب المواقيت

اول وقت
الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق واخر وقتها ما لم تطلع
الشمس لحديث امامة جبرئيل عليه السلام فانه ام رسول الله صلى الله عليه
وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا
وكادت الشمس تطلع ثم قال في اخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك
ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام
لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل انما الفجر
المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت الشمس
لامامته عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس واخر وقتها
عند ابي حنيفه رضي الله عنه اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء
الزوال وهو رواية عن ابي حنيفة وفيء الزوال هو الذي يكون للاشياء
عند الزوال لهما امامة جبرئيل عليه السلام في اليوم الثاني في هذا
الوقت وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح
جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الاثار
لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على
القولين واخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من ادرك
ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب
اذا غربت الشمس واخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله
مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبرئيل عليه السلام ام في اليومين
في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام اول وقت المغرب حين تغرب
الشمس واخره حين تغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة
ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة وقالا
هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الشافعي
رحمه الله لقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة وله قوله عليه السلام

واخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر
رضى الله عنهما ذكره مالك فى الموطا وفيه اختلاف الصحابة رضى الله
عنهم واول وقت العشاء اذا غاب الشفق واخر وقتها ما لم تطلع
الفجر لقوله عليه السلام حين تطلع الفجر وهو حجة على الشافعى فى
تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء واخره ما لم
تطلع الفجر لقوله عليه السلام فى الوتر فصلوها بعد العشاء الى
طلوع الفجر وعند ابى حنيفة رضى الله عنه وقته وقت العشاء ولا يقدم
عليه عند التذكر للترتيب

فصل

ويستحب الاسفار بالفجر
لقوله عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعى
يستحب التعجيل فى كل صلوة والحجة عليه ما رويناه وما رويه والابراد
بالظهر فى الصيف وتقديمها فى الشتاء لما روينا ولرواية انس رضى الله
عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان فى الشتاء بكر بالظهر واذا كان
فى الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم يتغير الشمس فى الشتاء والصيف
لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير
بحال لا تحار فيه الاعين وهو الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب تعجيل
المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه
السلام لا يزال امتى بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء وتاخير العشاء
الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتى لاخرت
العشاء الى ثلث الليل لان فيه قطع السمر المنهى بعده وقيل فى الصيف
يعجل كيلا يتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة
وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحد فتثبت
الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر
قبله ويستحب فى الوتر لمن يالف صلوة الليل ان يوخره الى اخر الليل وان لم
يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عليه من خاف ان لا يقوم اخر الليل
فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم اخر الليل فليوتر اخر الليل واذا كان يوم

غيم فالمستحب فى الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفى العصر والعشاء
تعجيلها لان فى تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفى تاخير
العصر توهم الوقوع فى الوقت المكروه ولا توهم فى الفجر لان تلك
المدة مديدة وعن ابى حنيفة رضى الله عنه التاخير فى الكل للاحتياط
الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله والله اعلم

فصل

فى الاوقات التى تكره فيها الصلوة

لا يجوز الصلوة عند طلوع الشمس
ولا عند قيامها فى الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة رضى الله عنه
قال ثلث اوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلى فيها وان
نقبر موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين
تضيف الشمس للغروب حتى تغرب والمراد بقوله وان نقبر صلوة الجنازة
لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعى فى تخصيص
الفرايض والنوافل بمكة وحجة على ابى يوسف فى اباحة النفل يوم الجمعة
وقت الزوال قال ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها
فى معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب ولان السبب هو الجزء القائم
من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضى
فالمودى فى اخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها كما وجب بخلاف
غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا يتادى بالناقص قال رضى الله عنه
والمراد بالنفى المذكور فى صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى
لو صلاها فيه او تلا سجدة فيه وسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما
وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد
الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب لما روى انه نهى عن ذلك
ولا باس ان يصلى فى هذين الوقتين الفوايت ويسجد للتلاوة ويصلى
على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به
لا لمعنى فى الوقت فلم يظهر فى حق الفرايض وفيما وجب لعينه كسجدة
التلاوة وظهر فى حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته

وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب
لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى ويكره ان يتنفل بعد طلوع
الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه السلام لم يزد عليها مع حرصه
عليها ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تاخير المغرب
ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه من الاشتغال
عن استماع الخطبة والله اعلم

باب الاذان

الاذان سنة للصلوة الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة الاذان
معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو
ان ترجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي
فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان النبي صلى الله عليه وسلم امره بالترجيع
ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا
ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان
بلالا رضي الله عنه قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبي عليه السلام
راقدا فقال النبي عليه السلام ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص
الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها
بعد الفلاح قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء
وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله انها فرادى فرادى
الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة
لقوله عليه السلام اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان
الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان النازل من السماء اذن مستقبل
القبلة ولو ترك الاستقبال لجاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة
ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم
فيواجههم به وان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع
تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان
كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان

يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عليه السلام بلالا رضي الله عنه
ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية
والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان
والاقامة حسن وكره في ساير الصلوات ومعناه العود الى الاعلام
بعد الاعلام وهو على حسب ما يتعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة
بعد عهد الصحابة رضي الله عنهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به
لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني
في الامور الدينية وقال ابو يوسف رحمه الله لا ارى باسا ان يقول
المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله
وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده
محمد لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف خصهم بذلك لزيادة
اشتغالهم بامور المسلمين كيلا يفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي
ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد
من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات
الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان التاخير مكروه فيكتفى بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا
مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال
الشافعي رحمه الله يفصل بركعتين اعتبارا بساير الصلوات والفرق
قد ذكرناه قال يعقوب رايت ابا حنيفة رحمه الله يؤذن في المغرب
ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا وان المستحب كون المؤذن عالما
بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة
ويقيم لانه عليه قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو
حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن
للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام

ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان
الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رحمه الله
انه يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي
ان يؤذن ويقيم على طهارة وان اذن على غير وضوء جاز لانه
ذكر وليس بصلوة وكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة ويكره
ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة ويروى
انه لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى يكره الاذان
ايضا يصير داعيا الى ما لا يجيب اليه بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب
رواية واحدة ووجه الفرق على احد الروايتين وهو ان للاذان شبها
بالصلوة فيشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا
بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد
والجنب احب الى ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث
واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد
الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة
وقوله ان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة
وكذلك المرأة تؤذن معناه تستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة
ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام
وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله
يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على
الكل قوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين لك
الفجر هكذا ومد يده عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام
لابني ابي مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما اذنا واقيما فان تركهما
جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين
والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون
فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة

الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي
يكفينا والله اعلم

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمنا
قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا
ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم
عند كل صلوة وقال عليه السلام لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة
وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل
ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا
تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي رحمه الله
والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها ايضا على كلمة مع
عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن الحرة
كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة
واستثناء العضوين للابتلاء بابرازهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص
على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت
وربع ساقها او ثلثها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف رحمه الله لا تعيد ان كان
اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل
منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج
عن حد القلة وعدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال
كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته
وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك
يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد منها عضو على حدة والمراد به
النازل من الرأس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج
والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا
الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة

من الامة وبطنها وظهرها عورة وماسوى ذلك من بدنها ليس بعورة
لقول عمر رضى الله عنه الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحراير
ولانها تخرج لحاجة مولاها فى ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات
المحارم فى حق جميع الرجال دفعا للحرج ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة
صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب واكثر منه
طاهرا يصلى فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشئ يقوم مقام
كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو احد
قولى الشافعى لان فى الصلوة فيه ترك فرض واحد وفى الصلوة عاريا
ترك الفروض وعند ابى حنيفة وابى يوسف رضى الله عنهما تخير بين ان
يصلى عريانا وبين ان يصلى فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع
جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان فى حق المقدار فيستويان
فى حكم الصلوة وترك الشئ الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم
اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى
عريانا قاعدا يومى بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم فان صلى قايما اجزاه لان فى القعود ستر العورة الغليظة
وفى القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل
لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء
خلف عن الاركان وينوى الصلوة التى يدخل فيها بنية لا يفصل بينها
وبين التحريمة بعمل آخر والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات
ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا
يقع التميز الا بالنية والمتقدم على التكبير كالقايم عنده اذا لم يوجد
ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخر منها عنه لان
ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفى الصوم جوزت للضرورة والنية
هى الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اى صلوة يصلى اما الذكر باللسان
فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه

مطلق النية وكذا ان كانت سنة فى الصحيح وان كان فرضا لا بد من
تعيين فرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره
ينوى الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد
من التزامه ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم
من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غايبا ففرضه اصابة جهتها
هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خايفا يصلى الى جهة
قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة
وليس بحضرته من تساله عنها اجتهد لان الصحابة تحروا وصلوا
ولم ينكر عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان العمل بالدليل
الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحرى
فان علم انه اخطا بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعى يعيدها
اذا استدبر لتيقنه بالخطاء ونحن نقول ليس فى وسعه الا التوجه الى
جهة التحرى والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك فى الصلوة
استدار الى القبلة لان اهل قبا لما سمعوا بتحول القبلة استداروا
كهيئاتهم واستحسنه النبى صلى الله عليه وسلم وكذا اذا تحول رايه
الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير
نقض المودى قبله ومن ام قوما فى ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى
الى المشرق ومن خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون
ما صنع الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحرى وهذه المخالفة
غير مانعة كما فى جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه يفسد صلوته
لانه اعتقد امامه على الخطا وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض
المقام والله اعلم

باب صفة الصلوة

فرايض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر المراد تكبيرة
الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراة لقوله
تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى

والقعدة في اخر الصلوة مقدار التشهد لقوله لابن مسعود رضي الله
عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك
علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم
السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعات
الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد
في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر والمخافتة
فيما يخافت فيه ولهذا يجب سجدة السهو بتركها هو الصحيح وتسميتها سنة
في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة واذا شرع في الصلوة كبر لما
تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي
حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع وهو يقول يشترط
لها ما يشترط لساير الاركان وهذا اية الركنية ولنا انه عطف الصلوة
عليه بالنص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرار الاركان ومراعاة
الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع يديه مع التكبير الاول وهو سنة
لانه عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة
وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله والمحكي عن الطحاوي والاصح انه
يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم ويرفع
حتى يحاذي بابهاميه شحمة اذنيه وعند الشافعي الى منكبيه وعلى هذا
تكبير القنوت والاعياد والجنايز له حديث ابي حميد قال كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل
والبراء وانس رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا كبر
رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه
وما رواه محمد رحمه الله على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء منكبيها
هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل واعظم والرحمن
اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان يحسن التكبير لم يجزه

الا الله اكبر الله اكبر الله الاكبر وقال الشافعي لا يجوز الا بالاولين
وقال مالك لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف
والشافعي يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو
يوسف رحمه الله يقول ان افعل وفعيلا في صفة الله تعالى سواء بخلاف
ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو
التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها
بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزاه عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن
العربية اجزاه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة رضي الله عنهما
في العربية ومع ابي يوسف رحمه الله في الفارسية لان لغة العرب لها
من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان
القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفي بالمعنى
كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة
رضي الله عنه قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة
ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة
ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى
لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف انه
لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان يعتبر التعارف
وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن
تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل
لا يجوز لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا ويعتمد بيده اليمنى
على اليسرى تحت سرته لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين
على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي
في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم

وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما
الله حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون
يعتمد فيه وما لا فلا وهو الصحيح ويعتمد فى حالة القنوت وصلوة الجنازة
ويرسل فى القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم
وبحمدك الى اخره وعن ابى يوسف رحمه الله انه يضم اليه قوله وجهت
وجهى للذى الى اخره لرواية على رضى الله عنه انه عليه السلام كان يقول
ذلك ولهما رواية انس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم
كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى اخره ولم يزد
على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر فى المشاهير
فلا يأتى به فى الفرايض والاولى ان لا يأتى بالتوجه قبل التكبير ليتصل النية
به هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى واذا قرأت
القرآن فاستعذ بالله الاية معناه اذا اردت قراءة القرآن فاستعذ
بالله من الشيطان والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق القرآن
او يقول اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابى حنيفة
ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتى به المسبوق دون المقتدى ويؤخر
عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن هكذا نقل فى المشاهير
ويسرهما لقول ابن مسعود رضى الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها
التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعى يجهر بالتسمية عند الجهر
بالقراءة لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم جهر فى صلوته بالتسمية
ولنا هو محمول على التعليم لان انسا رضى الله عنه اخبر انه عليه السلام
كان لا يجهر بها ثم عند ابى حنيفة رضى الله عنه انه لا يأتى بها فى اول كل
ركعة كالتعوذ وعنه انه يأتى بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتى بها بين
السورة والفاتحة الا عند محمد رحمه الله فانه يأتى بها فى صلوة المخافتة
ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلث آيات من اى سورة شاء فقراءة
الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعى

فى الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة
الكتاب وسورة معها وللشافعى قوله عليه السلام لا صلوة الا
بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة
عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال
الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام
اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك رحمه الله فى قوله عليه السلام
واذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال
فى آخره فان الامام يقولها ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود
رضى الله عنه ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه
وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش ثم يكبر ويركع وفى الجامع الصغير
ويكبر مع الانحطاط لان النبى صلى الله عليه وسلم كان يكبر مع كل خفض
ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد فى اوله خطأ من حيث الدين لكونه
استفهاما وفى آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج
بين اصابعه لقوله عليه السلام لانس رضى الله عنه اذا ركعت فضع
يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا فى هذه
الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا فى حالة السجود وفيما
وراء ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبى عليه السلام
كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لان النبى صلى الله عليه
وسلم كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربى العظيم
ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا ركع احدكم فليقل فى ركوعه
سبحان ربى العظيم ثلثا وذلك ادناه اى ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه
ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام
عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا يقولها فى نفسه لما روى ابو هريرة
رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض
عليه غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله

لمن حمده قولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة والقسمة تنافي الشركة ولهذا
لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي ولانه يقع تحميده بعد
تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة والذي رواه محمول على
حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء
بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه آت به معنى ثم اذا
استوى قايما كبر وسجد اما التكبير والسجود لما بينا واما الاستواء فانما
ليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمانينة في الركوع والسجود
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف رحمه الله يفرض
ذلك وقوله الشافعي لقوله عليه السلام قم فصل فانك لم تصل قاله
للاعرابي لما اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود الانخفاض
لغة فيتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي
آخر ما روى تسميته اياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد
نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمانينة في
تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى يجب سجدتا السهو بتركهما
عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وايل بن حجر وصف صلوة رسول الله
صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجزتيه ووضع وجهه
بين كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روي انه عليه السلام فعل كذلك
وسجد على انفه وجبهته لان النبي عليه السلام واظب عليه فان اقتصر
على احدهما جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز على الانف
الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على
سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان السجود
يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المامور الا ان الخد والذقن خارج
والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة
عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري
رحمه الله انه فرض في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه

جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته ويروى
انه صلى الله عليه وسلم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض
وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام وابد ضبعيك ويروى
ابد من الابداد هو المد والاول هو الابداء وهو الاظهار ويجافي
بطنه عن فخذيه لانه صلى الله عليه وسلم كان اذا سجد جافى حتى
ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه مرت وقيل اذا كان في الصف
لا يجافي كيلا لا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله
عليه السلام اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه
القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك
ادناه لقوله عليه السلام اذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان
ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على
الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عليه السلام كان
يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي
الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما
دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمراة تنخفض في سجودها و
تلزق بطنها بفخذها لان ذلك استر لها ثم يرفع راسه ويكبر لما
روينا فاذا اطمان جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلام في حديث
الاعرابي ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو سجد اخرى اجزاه عند
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع
والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان
الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فتتحقق الثانية فاذا اطمان
ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قايما على صدور قدميه ولا يقعد
ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم
ينهض معتمدا على الارض لما روي انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك
ولنا حديث ابي هريرة رضي الله عنه كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه

وان لم يستو جالسا

وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة
ما وضعت لها ويفعل في الثانية ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار
الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع
يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه
لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح
وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى
من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه واذا رفع
راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى
فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت
عايشة رضي الله عنها قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلوة
ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث
وايل رضي الله عنه لان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت
امراة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجلها من الجانب الايمن لانه
استر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك
ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى اخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه فانه قال اخذ بيدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلمني
التشهد كما كان يعلمني سورة من القران وقال قل التحيات لله الى اخره
والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنه وهو قوله
التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة
الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين الى اخره لان فيه الامر
واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو
هي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في
القعدة الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلى الله
عليه وسلم التشهد في وسط الصلوة واخرها فاذا كان وسط الصلوة
نهض اذا فرغ من التشهد وان كان اخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء

ويقرأ في الركعتين الاخيرين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قرا في الاخريين فاتحة الكتاب
وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما
ياتيك من بعد ان شاء الله تعالى وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى
لما روينا من حديث وايل وعايشه رضي الله عنهما ولانها اشق على البدن
من التورك فكان اولى الذي يميل اليه مالك رحمه الله والذي يروى انه
عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر
وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو
ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما لقوله عليه السلام
اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم
وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عليه السلام خارج الصلوة
واجبة اما مرة واحدة كما قاله الكرخي رحمه الله او كلما ذكر صلى الله عليه
وسلم كما اختاره الطحاوي رحمه الله فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي
في التشهد هو التقدير ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القران والادعية
المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وقال النبي صلى الله
عليه وسلم ثم اختر من الدعاء اطيبها واعجبها اليك ويبدأ بالصلوة على
النبي صلى الله عليه وسلم ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه
كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي بالماثور المحفوظ وما لا يستحيل
سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة لانه يشبه كلامهم وما
يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من
قبيل الاول لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش
ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره كذلك
لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم
عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر
وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة

وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا
ولا من شركه له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب بحظ الحاضرين ولا بد
للمقتدي من نية امامه فان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر
نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف رحمه الله
ترجيحا الجانب الايمن وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله
عنه نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لانه
ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة
عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء
عليهم السلام ثم اصابه لفظ السلام واجبة عندنا وليست بفرض
خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير
وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياط
وبمثله لا يثبت الفرضية

فصل في القراءة

قال ويجهر بالقراءة
في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي
في الاخريين هذا هو المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر
واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه
من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها
الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عليه السلام صلوة
النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك
رحمه الله والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود
النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير
اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا ومن فاته
العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل رسول الله
صلى الله عليه وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بالجماعة وان
كان وحده خافت حتما هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت

في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرا في العشاء في
الاوليين السورة ولم يقرا بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان
قرا الفاتحة ولم يزد عليها قرا في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقضي
واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو
الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة
فلو قضاها في الاخريين لترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع
بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم
ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظ الاستحباب لانها ان كانت
مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه
ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة
شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه و
الجهر ان يسمع غيره وهذا عند الهندواني رحمه الله والامام ابي بكر محمد
ابن الفضل لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال
الكرخي رحمه الله تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون
الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق
بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزئ
من القراءة في الصلوة اية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ثلث ايات
قصار او اية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون
الاية وله قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران من غير فصل الا ان
ما دون الاية خارج والاية ليست في معناها وفي السفر يقرا فاتحة
الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قرا
في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان السفر اثر في الاسقاط شطر
الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة كان اولى وهذا اذا كان على عجلة
من السير وان كان في امنة وقرار يقرا في الفجر نحو سورة البروج وانشقت

لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين
باربعين اية او خمسين سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين
ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر وجه التوفيق انه يقرأ
بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوسط ما بين ستين الى خمسين
وقيل ينظر الى طول الليالى وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها وفي الظهر
مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت
الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ
فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيهما بقصار المفصل
والاصل فيه كتاب عمر رضى الله عنه الى موسى الاشعري رضى الله عنه
ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط
المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف
اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل في
وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى من
الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب
الى ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي ان النبي
صلى الله عليه كان يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها
ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار
بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث
الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون
ثلث ايات لعدم امكان الاحتراز من غير حرج وليس في شيء من الصلوات
قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت
بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل
ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة له
ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام

من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رضوان الله
عليهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدى الانصات والاستماع
قال عليه السلام اذا قرأ الامام فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط
فيما يروى عن محمد رحمه الله ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع
وينصت وان قرأ الامام اية الترغيب والترهيب لان الاستماع والانصات
والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في
الخطبة وكذلك ان صلى الخطيب على النبي صلى الله عليه وسلم لفرضية
الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا عليه
الاية فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط
هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام الجماعة من سنن الهدى
لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة
وعن ابي يوسف رحمه الله اقرأهم لان القراءة لا بد والحاجة الى العلم
اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم
لسائر الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله عليه السلام يؤم القوم
اقرأهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرأهم
كان اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا
كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه
السلام من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا
فاسنهم لقوله عليه السلام وليؤمكما اكبركما ولان في تقديمه تكثير
الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب
فيهم الجهل والفاسق لا يهتم لامر دينه والاعمى لا يتوقى النجاسة
وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم
هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا
خلف كل بر وفاجر ولا يطول بهم الصلوة لقوله عليه السلام من ام

قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذوى
الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلوا عن ارتكاب
محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة وان فعلن
وقفت الامام وسطهن لان عايشة رضى الله عنها فعلت كذلك
حمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان فى التقديم زيادة الكشف
ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضى الله عنه فانه
صلى به واقامه عن يمينه ولا يتاخر عن الامام وعن محمد رحمه الله انه يضع
اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او فى يساره
جاز وهو مسئ لانه خالف السنة وان ام اثنين يقدم عليهما وعن
ابى يوسف رحمه الله يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه
ولنا انه عليه السلام يقدم على انس واليتيم حتى صلى بهما وهذا الافضلية
والاثر للاباحة ولا يجوز للرجال ان تقتدوا بامراة او صبى اما المراة
فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها
واما الصبى فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفى التراويح
والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق
الخلاف فى النفل المطلق من ابى يوسف ومحمد رحمهما الله والمختار انه لا يجوز
فى الصلوات كلها لان نفل الصبى دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضا
بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوى على الضعيف بخلاف المظنون لانه
مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبى بالصبى لان
متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام
ليلنى منكم اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان
حاذته المراة وهما مشتركان فى صلوة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها
والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعى رحمه الله اعتبارا بصلوتها حيث
لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به
دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فيفسد صلوته دون صلاتها

كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم يضر ولا يجوز صلوتها
لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رحمه الله الا ترى انه يلزمه
الترتيب فى المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة
اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما
ان الفساد فى الاول لازم وفى الثانى محتمل ومن شرايط المحاذاة ان يكون
الصلوة مشتركة وان يكون مطلقة وان يكون من اهل الشهوة وان
لا يكون بينهما حائل لا عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع
ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعنى الشواب منهن لما فيه
من خوف الفتنة ولا باس للعجوز ان يخرج فى الفجر والمغرب والعشاء والعيد
وهذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا يخرجن فى الصلوات كلها لانه
لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كصلوة العيد وله ان فرط الشبق حامل
فيقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم فى الظهر والعصر والجمعة واما
فى الفجر والعشاء نائمون وفى المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة
فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره ولا يصلى الطاهر خلف من هو فى معنى
الاستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من
المعذور والشئ لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته
صلوة المقتدى ولا يصلى القارى خلف الامى ولا المكتسى خلف العارى
لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه طهارة ضرورية
والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر
الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم
وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا
مع قيامه حقيقة ويصلى القايم خلف القاعد وقال محمد رحمه الله
لا يجوز وهو القياس لقوة حال القايم ونحن تركناه بالنص وهو ما روى
انه عليه السلام صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلى

المومى خلف مثله لاستوائهما فى الحال الا ان يومى المؤتم قاعدا والامام
مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به القوة ولا يصلى الذى يركع ويسجد
خلف المومى لان حال المقتدى اقوى وفيه خلاف زفر رحمة الله عليه
ولا يصلى المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية
معدوم فى حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا من يصلى فرضا
خلف من يصلى فرضا اخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد
وعند الشافعى رحمه الله يصح فى جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على
سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراع ويصلى المتنفل خلف المفترض
لان الحاجة فى حقه الى اصل الصلوة وهو موجود فى حق الامام فيتحقق
البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدثا اعاد لقوله عليه
السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا
وفيه خلاف الشافعى بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك
فى الجواز والفساد واذا صلى امى بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم
فاسدة عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا صلوة الامام ومن لا يقرا تامة
لانه معذور صلى بقوم معذورين وغير المعذورين فصار كما اذا ام
العارى عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة
عليها فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقارى يكون قراءته قراءة له
بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود فى حق الامام لا يكون موجودا
فى حق المقتدى ولو كان يصلى الامى وحده والقارى وحده جاز هو الصحيح
لانه تظهر منهما رغبة فى الجماعة فان قرا الامام فى الاوليين ثم قدم فى
الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتأدى فرض القراءة
ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير
فى حق الامى لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه فى التشهد والله اعلم

باب الحدث فى الصلوة

ومن سبقه الحدث فى الصلوة
انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل

وهو قول الشافعى رحمه الله لان الحدث ينافيها والمشى والانصراف
يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف
او امذى فى صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم
وقال اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه ويقدم من لم يسبق
بشئ والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف افضل
تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدى
يبنى صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم فى منزله وان شاء
عاد الى مكانه والمقتدى يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ
او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه
لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلى ما بقى والقياس
فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير
عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاستصلاح الا ترى انه لو
تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف
المكان بالخروج فان كان استخلف فسد لانه عمل كثير من غير عذر وهذا
بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث يفسد وان لم
يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبل
فهذا هو الحرف ومكان الصفوف فى الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه
فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع
سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمى عليه استقبل لانه
يندر وجود هذه العوارض فلم يكن فى معنى ما ورد به النص وهو الحدث
وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان حصر الامام عن القراءة
فقدم غيره اجزاهم عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا لا يجزيهم لانه يندر
وجوده وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو هنا الزم والعجز عن القراءة
غير نادر ولو قرا مقدار ما يجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة
الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم

واجب عليه فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة
او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود
القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه شئ من الاركان فان راى
المتيمم الماء في الصلوة بطلت وقد مر من قبل فان رآه بعد ما قعد
قدر التشهد او كان ماسحا فانقضى مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير
او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع
والسجود او تذكر فائتة قبل هذه او احدث فاستخلف اميا او طلعت الشمس
في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا فسقطت عن برء او كان
صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة
في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا تمت وقيل هو الاصل فيه ان الخروج
بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رضي الله عنه وليس بفرض عندهما فاعتراض
هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما
كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه
وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوسل
الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت صلوته قارب التمام
والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة
حكم شرعي وهو عدم صلاحية الامامة ومن اقتدى بامام بعد ما صلى
ركعة ثم احدث الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة
والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي
لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث
انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا
يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او
تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان
المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها
والامام الاول ان كان فرغ لا يفسد صلوته وان لم تفرغ يفسد وهو

الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقد قعد قدر التشهد ثم قهقه
او احدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول صلوته عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد
في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا
او فسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته وصار كالسلام والكلام
وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي تلاقيه من صلوة الامام فيفسد
مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق
يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه
والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة
الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتبر بالذي
احدث فيهما لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد
من الاعادة ولو كان اماما فقدم دام المقدم على الركوع لانه يمكنه
الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة
فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود
وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه
لان الانتقال مع الطهارة لان الترتيب ليس بفرض في افعال الصلوة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض
عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام
نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة
ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة
ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من
لا يصلح للامامة وقيل لا يفسد لانه لم يوجد منه الاستخلاف قصدا
وهو لا يصلح للامامة والله اعلم

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت
صلوته خلافا للشافعي رحمه الله في الخطاء والنسيان ومفزعه الحديث

المعروف رفع عن امتي الخطا والنسيان ولنا قوله عليه السلام ان صلوتنا
هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة
القران وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من
الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه
من كاف الخطاب فان ان فيها او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان
بكاؤه من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع
وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتاسف
فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف رحمه الله ان قوله آه لم يفسد
في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على
حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد
وحروف الزوائد جمعوها في قوله اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام
الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق
ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا
اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر
فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له
اخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات
الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله
على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه في صلوته
فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم
فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال
الصلوة فيعفى القليل ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه
قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما لانه مضطر الى اصلاح
صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه دون
القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام
انتقل الى اية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ

بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا
يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل
الى اية اخرى ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد
عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون
مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد جوابه له انه ثناء بصيغته فلا
يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل
جوابا كالتشميت والاسترجاع على هذا الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه
انه في الصلوة لم يفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم
نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او
التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو
افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزي بتلك الركعة الاولى
لانه نوى الشروع في غير ما هو فيه فلغت النية وبقي المنوي على حاله واذا
قرا الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة رضي الله وقالا
هي تامة لانه عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع
اهل الكتاب ولابي حنيفة رضي الله عنه ان حمل المصحف والنظر فيه
وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن
من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان
ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف
ما اذا حلف لا يقرا كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رحمه الله
لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة بالعمل الكثير وان
مرت امراة بين يدي المصلي لم يقطع الصلوة لقوله عليه السلام لا يقطع
الصلوة مرور شيء الا ان المار اثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي
المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما ياثم اذا مر في موضع
سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل ويحاذي اعضاء المار
اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ

امامه سترة لقوله عليه السلام اذا صلى احدكم فى الصحراء فليجعل
بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام ايعجز
احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغى
ان تكون فى غلظ الاصبع لان مادونه لايبدو للناظرين من بعيد فلا
يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة
فليدن منها ويجعل السترة على حاجبيه الايمن او على الايسر وبه ورد
الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة
الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان
المقصود لايحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه
وبين السترة لقوله عليه السلام فادرؤا ما استطعتم ويدرؤا بالاشارة
كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة رضي الله عنهم او يدفع
بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية

فصل ويكره للمصلى ان تعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه
السلام ان الله كره لكم ثلثا وذكر منها العبث فى الصلوة ولان العبث
خارج الصلوة حرام فما ظنك فى الصلوة ولايقلب الحصا لانه نوع عبث
الا ان لايمكنه السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا اباذر والا فذر
ولان فيه اصلاح صلوته ولايفرقع اصابعه لقوله عليه السلام لاتفرقع
اصابعك وانت تصلى ولايتخصر وهو ان يضع اليد على الخاصرة لانه عليه
السلام نهى عن الاختصار فى الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون
ولايلتفت لقوله عليه السلام لو علم المصلى من يناجى ما التفت ولو نظر
بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوى عنقه لايكره لانه عليه السلام
كان يلاحظ اصحابه فى صلوته بموق عينيه ولايقعى ولايفترش ذراعيه
لقول ابى ذر رضى الله عنه نهانى خليلى عن ثلث ان انقر نقر الديك
وان اقعى اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع
اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولايرد السلام

[illegible]

بلسانه لانه كلام ولابيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم
تفسد صلوته ولايتربع الا بعذر لان فيه ترك سنة القعود ولايعقص
شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد
روى انه عليه السلام نهى ان يصلى الرجل وهو معقوص ولايكف ثوبه
لانه نوع تجبر ولايسدله لانه عليه السلام نهى عن السدل وهو ان يجعل
ثوبه على راسه وكتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولاياكل ولايشرب
لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل وشرب عامدا او ناسيا فسدت
صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا باس بان يكون مقام
الامام فى المسجد وسجوده فى الطاق ويكره ان يقوم فى الطاق لانه يشبه
صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان
سجوده فى الطاق ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا
وكذا على القلب فى ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا باس ان يصلى
الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضى الله عنهما ربما كان يستتر
بنافع فى بعض اسفاره ولا باس بان يصلى وبين يديه مصحف معلق او سيف
معلق لانهما لايعبدان وباعتباره يثبت الكراهة ولا باس ان يصلى على
بساط فيه تصاوير لان استهانة بالصورة ولايسجد على التصاوير
لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة فى الاصل لان المصلى معظم
ويكره ان يكون فوق راسه فى السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير
او صورة معلقة لحديث جبرئيل عليه السلام انا لاندخل بيتا فيه كلب
او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لايبدو للناظر لايكره لان الصغار
جدا لايعبد واذا كان التمثال مقطوع الراس اى ممحو الراس فليس بتمثال
لانه لايعبد بدون الراس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا
ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لايكره لانها
تداس وتوطئ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على الستر
لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان تكون امام المصلى ثم من فوق راسه

ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه
يشبه حامل الصنم والصلوة جايزة في جميع ذلك لاستجماع شرايطها
ويعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهه ولا
يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ولا باس بقتل الحية والعقرب
لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة
الشغل فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما رويناه
ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذلك عد السور لان
ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا باس
بذلك في الفرايض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به
السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده والله اعلم

فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عليه
السلام نهى عن ذلك والاستدبار مكروه في رواية لما فيه من ترك التعظيم
ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير موازٍ للقبلة وما ينحط منه ينحط
الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازيها وما ينحط منه ينحط اليها
وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد
حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه
ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد
ما اعد للصلوة في البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره
ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا باس به اذا خيف
على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا باس بان ينقش المسجد بالجص
والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يوجر عليه لكنه لا يأثم
به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي يفعل من مال
الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن
والله اعلم

باب صلوة الوتر

الوتر واجب
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا سنة لظهور اثار السنة فيه حيث
لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام
ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع
الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده
لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى
في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته قال والوتر ثلث ركعات لا يفصل
بينهن بسلام لما روت عايشة رضي الله عنها عن النبي عليه السلام انه
كان يوتر بثلاث وحكى الحسن رحمه الله اجماع المسلمين على الثلاث وهذا
احد اقوال الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رحمه الله
والحجة عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي
رحمه الله بعده لما روي انه عليه السلام قنت في اخر الوتر وهو بعد
الركوع ولنا ما روي انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على
نصفه لشيء اخر ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي في غير النصف
الاخير من رمضان لقوله عليه السلام للحسن رضي الله عنه علمه دعاء
القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر
فاتحة الكتاب وسورة لقوله تبارك وتعالى فاقرؤا ما تيسر من القران
وان اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت
لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر فيها القنوت
ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي رحمه الله في الفجر لما روى
ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قنت في صلوة الفجر
شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي
حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف رحمه الله يتبعه لانه تبع لامامه
والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف
قايما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت
شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية
وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم

به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يصح الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء والله اعلم

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتى عشر ركعة في اليوم والليلة بنى الله تعالى له بيتا في الجنة وفسر يعني النبي صلى الله عليه وسلم على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الاثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء وفلهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة رضي الله عنه على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء اربعا ويكره الزيادة على ذلك اما نافلة الليل قال ابو حنيفة رحمه الله ان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة جاز ويكره الزيادة عليه وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثمان في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل بالليل ابي يوسف ومحمد رحمهما مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وقال الشافعي رحمه الله فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة رضي الله عنه فيهما اربع اربع وللشافعي رحمه الله قوله عليه السلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة رضي الله عنه انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا روت عايشة رضي الله عنها يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة واحدة لا يخرج عن العهدة

بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير فمعنى ما رواه شفعا لا وترا

فصل

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك رحمه الله في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبناه في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوة فيما روى مذكورة صريحا فينصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء قرا وان شاء سبح كذا روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعايشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرا لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها خلافا للشافعي لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرا في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين بعد الشروع فيهما قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا يتعلق بالثاني بخلاف

الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا
احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى اربعا ولم يقرا فيهن شيئا
اعاد ركعتين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله
يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد
رحمه الله ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة
لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف رحمه الله ترك القراءة في الشفع الاول
لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد
الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد
الاداء لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريمة وعند ابي حنيفة رضي الله عنه
ترك القراءة في الاوليين توجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب
لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة
واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء
التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا نقول اذا لم يقرا
في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع
الاول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف رحمه الله فصح
الشروع في الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده
ولو قرا في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة
لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب
فساد الشفع الاول ولو قرا في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين
بالاجماع لان عندهما لا يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف
رحمه الله ان صح فقد اداها ولو قرا في الاوليين واحدى الاخريين فعليه
قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرا في الاخريين واحدى الاوليين فعليه
قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرا في احدى الاوليين واحدى الاخريين
على قول ابي يوسف رحمه الله قضى الاربع وكذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لان التحريمة باقية وعند محمد رحمه الله قضاء الاوليين لان التحريمة قد

ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف رحمه الله هذه الرواية عنه وقال
رويت لك عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد
رحمه الله لم يرجع عن روايته عنه ولو قرا في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا
عندهما وعند محمد رحمه الله ركعتين ولو قرا في احدى الاخريين لا غير قضى
اربعا عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما ركعتين وتفسير قوله عليه السلام
لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون
بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع
القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة القاعد على النصف
من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له
تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما
يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها قائما
ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا استحسان
وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر
القيام ولما باشر صح بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم
ينص على القيام لا يلزمه عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل
على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر
يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال
سقط عنه النافلة او ينقطع هو عن القافلة اما الفرايض فمختصة بوقت
والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه ينزل لسنة الفجر
لانها اكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز
في المصر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر
ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح
التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام
الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما

يليه على ٤

صح والحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يعذر عن ترك
ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا
عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر

فصل في قيام شهر رمضان

يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان
بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين
ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب
والاصح انها سنة مؤكدة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه
لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي صلى الله عليه وسلم
بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها
الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا
مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد
الصحابة رضي الله عنهم يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين
الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة والوتر لعادة اهل
الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح
وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال
عامة المشايخ رحمهم الله والاصح ان وقتها بعد العشاء الى اخر الليل قبل
الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة فيها
واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف
ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي
الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي ركعة
اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة
وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض
والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان
في السنة قبل الظهر والجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين يروى

ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها وان كان قد صلى من الظهر
ثلثا يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان
في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض
ويتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في
صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان
الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع
ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى يفوته الجماعة وكذا اذا
قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة
الامام لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب
في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة
امامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه كره له ان يخرج حتى يصلي لقوله
عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة
يريد الرجوع الا اذا كان من ينتظم به امر جماعته لانه ترك صورة وتكميل
معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه
اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة
الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها
لكراهية التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل
ركعتي الفجر ان خشي ان يفوته ركعة ويدرك اخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب
المسجد ثم يدخل مع القوم لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي
فوتهما دخل مع الامام ولم يصل لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك
الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها
في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما
نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة
في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل

الاداء فى المنزل هو المروى عن النبى عليه السلام واذا فاتته ركعتا
الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه
بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند ابى حنيفه وابى يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله احب الىّ ان يقضيهما الى وقت الزوال لان النبى عليه
السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل
فى السنة ان لا يقضيها لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد
فى قضائهما تبعا للفرض فيبقى ما وراه على الاصل وانما يقضى تبعا له وهو يصلى
بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رحمهم الله
واما ساير السنن سواها بعد الوقت فلا يقضى وحدها واختلف المشايخ
فى قضائها للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث فانه لم
يصل الظهر فى جماعة وقال محمد رحمه الله قد ادرك فضل الجماعة لان
من ادرك آخر الشئ فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها
بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به فى يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث فى يمينه
لا يصلى الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلى فيه فلا بأس بان يتطوع
قبل المكتوبة ما بدا له ما دام فى الوقت ومراده اذا كان فى الوقت سعة
وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا فى غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة
مزية قال عليه السلام فى سنة الفجر صلوهما وان طردتكم الخيل وقال
فى الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتى وقيل هذا فى الجميع
لان النبى عليه السلام واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة
دون المواظبة والاولى ان لا يتركها فى الاحوال كلها لكونها مكملات
للفرايض الا اذا خاف فوت الوقت وان انتهى الى الامام فى ركوعه فكبر
ووقف حتى رفع الامام رأسه من الركوع لا يصير مدركا لتلك الركعة
خلافا لزفر وهو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط
هو المشاركة فى افعال الصلوة ولم يوجد لا فى القيام ولا فى الركوع
ولو ركع المقتدى قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال زفر

لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه
ولنا ان الشرط هو المشاركة فى جزء واحد كما فى الطرف الاول والله اعلم

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة
قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين
الفوايت و[بين] فرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعى مستحب لان كل
فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام
عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التى هو فيها
ثم ليصل التى ذكرها ثم ليعد التى صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت
يقدم الوقتية ثم تقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا
بالنسيان وكثرة الفوايت كيلا يؤدى الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة
جاز لان النهى عن تقديمها فى غيرها بخلاف ما اذا كان فى الوقت سعة
وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث
ولو فاتته صلوات رتبها فى القضاء كما وجبت فى الاصل لان النبى عليه
السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا
كما رايتمونى اصلى الا ان يزيد الفوايت على ستة صلوات لان الفوايت
قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوايت نفسها كما سقط بينها وبين
الوقتية وحد الكثرة ان يصير الفوايت ستا بخروج وقت الصلوة
السادسة وهو المراد بالمذكور فى الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته
اكثر من صلوة يوم وليلة اجزاته التى بدا بها لانه اذا زاد على يوم وليلة
يصير ستا وعن محمد رحمه الله انه اذا اعتبر دخول وقت السادسة والاول
هو الصحيح لان الكثرة بالدخول فى حد التكرار وذلك فى الاول ولو اجتمعت
الفوايت القديمة والحديثة قيل يجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة
الفوايت وقيل لا يجوز ويجعل الماضى كان لم يكن زجرا عن التهاون ولو
قضى بعض الفوايت حتى قل ما بقى عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر
فانه روى عن محمد رحمه الله فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضى

من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات
فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك
الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى
العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا ان يكون في اخر الوقت
وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفريضة لا يبطل اصل الصلوة عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما وعند محمد رحمه الله يبطل لان العزيمة
عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت ولهما انها عقدت لاصل
الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان
الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم
يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما
يفسد فسادا باتا لا جواز لها بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو
صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عند ابي حنيفة رضي الله عنه سنة
عندهما ولا ترتيب بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء
ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فعنده
يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر فرض على حدة عنده وعندهما
يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء والله اعلم

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد
السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روى
انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام لكل
سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عليه السلام سجد سجدتي السهو
بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله عليه السلام
سالما عن المعارضة ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام
حتى لو سهى عن السلام يتجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين
هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي

صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه
اخر الصلوة ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها
وهذا يدل على ان سجدتي السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان
تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج فاذا كان واجبا لا يجب
الا بترك واجب وتأخيره او تأخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب
بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب ويلزمه اذا ترك
فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان
وجوبها بالسنة او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او
التشهد او تكبيرات العيد لانها واجبات فانه عليه السلام واظب عليها
من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوات
فيدل انها من خصايصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة
الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح
ولو جهر الامام فيما يخافت وخافت فيما يجهر يلزمه سجدة السهو لان
الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية
في المقدار والاصح قدر ما يجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر
والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير
غير ان ذلك عنده اية واحدة وعندهما ثلث ايات هذا في الامام دون المنفرد
لان الجهر والمخافتة من خصايص الجماعة وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود
لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام
فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء
الا متابعا فان سهى المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد
وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سهى
عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد
لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتأخير والاصح
انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى حال القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم

معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سهى عن القعدة الاخيرة
حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته
وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض والغى الخامسة لانه رجع
الى شيء محله قبله فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة
بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة
قبل اكمال المكتوبة ومن ضرورة خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة
بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت
صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله
على ما مر فضم اليها ركعة سادسة وان لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون
ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف رحمه الله لانه سجود كامل
وعند محمد رحمه الله برفعه لان تمام الشيء باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث
وثمرة الخلاف فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا لابي يوسف
رحمهما الله ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم
يسجد الخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة
على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة
بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة
السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى ليصير الركعتان نفلا لان
الركعة الواحدة لا تجزيه لنهيه عليه السلام عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة
الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا
لتمكن النقصان في الفرض بالخروج على وجه المسنون وفي النفل بالدخول
على وجه المسنون ولو قطعها لا يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى
انسان فيهما يصلي ستا عند محمد رحمه الله لان المؤدى بهذه التحريمة وعندهما
ركعتان لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسده المقتدي لا قضاء
عليه عند محمد رحمه الله اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف رحمه الله يقضي
ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا

فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن عليهما لان
السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو
ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء
التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم
فان سجد الامام كان داخلا في صلوته والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان
عنده سلام من عليه سجود السهو لا يخرجه عن الصلوة اصلا لانها وجبت
جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل
التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة ولا يظهر
دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض
الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ومن سلم
يريد به قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد للسهو لان هذا السلام
غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر اثلاثا
صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف الصلوة لقوله عليه السلام
اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان الشك
يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله عليه السلام من شك في صلوته فليتحر
الصواب فان لم يكن له راي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك
في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام
اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل
يقعد في كل موضع يتوهم اخر صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعدة والله اعلم

باب صلوة المريض

واذا عجز المريض عن القيام
صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين صل قائما
فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة
بحسب الطاقة فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه
وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما

ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام ان قدرت
ان يسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك فان فعل ذلك وهو يخفض
اجزاه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان
لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومى بالركوع
والسجود لقوله عليه السلام يصلي المريض قايما فان لم يستطع فقاعدا
فان لم يستطع فعلى قفاه يومى ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول
العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة واومى جاز لما روينا
من قبل الا ان الاولى هو الاولى عندنا خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي
يقع على هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه يتادى
الصلوة فان لم يستطع الايماء برأسه اخر الصلوة ولا يومى بعينيه ولا
بحاجبيه ولا بقلبه خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي
ممتنع ولا قياس على الرأس لانه يتادى به ركن الصلوة دون العين واختيه
وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلوة وان كان العجز اكثر من يوم
وليلة كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه
وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي
قاعدا يومى ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية
التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء
قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته قايما ثم حدث به
مرض اتمها قاعدا يركع ويسجد او يومى ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر
لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد
ثم صح بنا على صلوته قايما عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه
وان صلى بعض صلوته ايماء ثم قدر على الركوع والسجود استانف عندهم
لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قايما
ثم اعيا لا بأس بان يتوكأ على عصا او على حايط ويقعد لان هذا عذر

وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره
الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد
بغير عذر يكره بالاتفاق ويجوز الصلوة عنده ولا يجوز عندهما وقد مر
في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير عذر اجزاه عند ابي
حنيفة رضي الله عنه والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام
مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق
الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان
امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط
هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من
ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب
الاغماء وقت صلوة كامل لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان
ان المدة اذا طالت تكثرت الفوايت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت
فلا حرج والكثير ان تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون
كالاغماء كذا ذكره ابو سليمن رحمه الله بخلاف النوم لان امتداده نادر
فيلحق بالقاصر ثم الزيادة يعتبر من حيث الاوقات عند محمد رحمه الله لان
التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر
رضي الله عنهما

باب سجود التلاوة

قال رحمه الله
سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر في اخر الاعراف وفي الرعد والنحل
وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة
والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه
وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في
حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ
للاحتياط والسجود واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد
سماع القرآن اولم يقصد لقوله عليه السجدة على من سمعها السجدة على من

تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام آية السجدة
سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد
الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر
ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة
او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه
وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه
لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة
بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان الحجر
يثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم
في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم
هذه السجدة ليس من افعال الصلوة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها
في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل واعادوها
لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة
وفي النوادر انه يفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد
رحمه الله فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه
بعد ما سجد الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك
الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها
معه فههنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت
في الصلوة فلم يسجدها فيها لم يقض خارج الصلوة لانها صلوتية ولها
مزية الصلوة فلا يتأدى بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل
في صلوة فاعادها وسجدها اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى
لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ
لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت
بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي

المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على
السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان
قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد
للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو
تداخل في السبب دون الحكم وهو أليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان
التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم
الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو
المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى
غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع
دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس
التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما
قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا
بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه
ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره
ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها ويدع آية السجدة لانه يشبه الاستنكاف
عنها ولا بأس بان يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها
قال رحمه الله احب الي ان يقرأ قبلها آية او آيتين دفعا لوهم التفضيل
واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين والله اعلم

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان تقصد مسيرة
ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح
المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عم الرخصة الجنس ومن
ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف رحمه الله بيومين واكثر اليوم الثالث
والشافعي بيوم وليلة وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر
بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر

فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر في الرباعية
ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا
بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا آية
النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر
التشهد اجزاته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام
وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال
اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة يتعلق
بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي لو جاوزنا هذا
الخص لقصرنا ولا يزال على السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة
عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان
السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو
ماثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما والاثر في مثله كالخبر
والتقييد بالبلد والقرية يشير الى انه لا يصح نية الاقامة في المفازة
وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة
الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رضي الله عنهما اقام
باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم
مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا
اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين
ان ينهزم فيفر فلم يكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار
الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند
زفر رحمه الله يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار
ظاهرا وعند ابي يوسف رحمه الله يصح في الوجهين اذا كانوا في بيوت المدر
لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية
قيل لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله
لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان اقتدى

المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية
كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان دخل
معه في فائتة لم يجز لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير
بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة
وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم لان
المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه
لا يقرا في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها
احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتادى الفرض
فكان الاتيان بها اولى ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلاتكم
فانا قوم سفر لان النبي صلى الله عليه وسلم قاله حين صلى باهل مكة وهو
مسافر واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه
لانه عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم يسافرون ويعودون الى اوطانهم
مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره
ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا يرى انه عليه السلام
بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن
الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر
وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة وبمنى خمسة عشر يوما لم يتم
الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو
ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما
فيصير مقيما بدخوله لان اقامة المرء مضاف الى مبيته ومن فاتته صلوة
في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا
لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه المعتبر
في السببية عند عدم الاداء في الوقت والعاصي والمطيع في سفره في
الرخصة سواء وقال الشافعي رحمه الله سفر المعصية لا يفيد الرخصة
لانها تثبت تخفيفا فلا يتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص

ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره
فصلح متعلق الرخصة والله اعلم

باب الجمعة

لا يصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا يجوز في القرى
لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع
والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود
وهذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انهم لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم
لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي
والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته
في حوايج اهله ويجوز بمنى اذا كان الامام امير الحجاز او كان الخليفة
مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا
جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم
وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء
وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم
فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان ولمن امره السلطان
لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع
في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرايطها الوقت فتصح في وقت الظهر
ولا تصح بعده لقوله عليه السلام اذا زالت الشمس فصل بالناس ولو خرج
الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة
لان النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة
به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث
ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيها متوارث ثم هي شرط الصلوة
فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز
لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة
فان اقتصر على ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا بد
من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة

لا تسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا
للتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله
عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه ونزل وصلى ومن شرايطها الجماعة
لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه ثلثة سوى
الامام وقالا اثنان سوى الامام قال رحمه الله الاصح ان هذا قول ابي يوسف
رحمه الله وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع
الصحيح انما هي الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا
الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النسا
استقبل الظهر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا اذا نفروا عنه بعدما
افتتح الصلوة صلى الجمعة وان نفروا عنه بعدما ركع وسجد سجدة بنى
على الجمعة في قولهم جميعا خلافا لزفر هو يقول انه شرط فلا بد من دوامه
كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك
الا بتمام الركعة لان ما دونها ليست بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف
الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان
وكذا الصبيان لانه لا ينعقد بهم الجمعة فلا يتم بهم الجماعة ولا يجب على
مسافر ولا على امراة ولا على مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في
الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمراة بخدمة
الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم
عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر
والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لانه غير فرض
عليه فاشبه الصبي والمراة ولنا ان هذا رخصة فاذا حضروا يقع فرضا
على ما بينا اما الصبي فمسلوب الاهلية والمراة لا يصلح لامامة الرجال
وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى
ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك

وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة
والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان
اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه
باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها
على شرايط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له ان يحضرها
فتوجه والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رضي الله عنه بالسعي وقالا
لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه
والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي
الى الجمعة من خصايص الجمعة فينزل منزلتها في حق انتقاض الظهر احتياطا
بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذورون
الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال
بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف اهل
السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه ومن
ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة لقوله عليه
السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد
او في سجود السهو بنى عليه الجمعة عندهما وقال محمد رحمه الله ان ادرك
معه اكثر الثانية بنى عليه الجمعة وان ادرك اقل من ذلك بنى عليها الظهر
لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا
اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرا في
الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك الجمعة في هذه الحالة حتى
تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى
احدهما على تحريمة الاخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة
والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقالا لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل
ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع بخلاف

الصلوة لانه قد يمتد ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله اذا خرج الامام
فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة
واذا اذن المؤذن الاذان الاول ترك الناس البيع والشرى وتوجهوا
الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع واذا صعد الامام
المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن
على عهد رسول الله عليه السلام الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر
في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد
الزوال لحصول الاعلام به والله اعلم

باب صلوة العيد

ويجب صلوة العيد على كل من يجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير
عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك
واحد منهما قال رحمه الله وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وجه الاول مواظبة النبي صلى الله
عليه وسلم عليها وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي عقيب
سؤاله هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة
لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم الانسان قبل الخروج
الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه السلام كان
يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه
يوم اجتماع فيسن فيه الاغتسال والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه
لانه عليه السلام كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي
صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى
ولا يكبر في عيد الفطر عند ابي حنيفة رضي الله عنه في طريق المصلى وعندهما
يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به
في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد
لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة
في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعله

واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال واذا زالت
الشمس خرج وقتها لان النبي عليه السلام كان يصلي العيد والشمس
على قيد رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى
المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح
وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدى
في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر رابعة يركع بها وهذا
قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنه يكبر
في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية
يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رضي الله عنه لامر بنيه
الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف
المعهود وكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر به
وكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح
لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع
فوجب الضم اليها والشافعي رحمه الله اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه الا انه
حمل المروي على الزوايد فصار التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر
ويرفع يديه في تكبيرات العيد يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه
السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرفع والحجة عليه ما روينا ويخطب بعد
الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم فيها صدقة الفطر
واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها
لان الصلوة بهذه الصيغة لم تعرف قربة الا بشرايط لا تتم بالمنفرد فان
غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد
لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة
في اليوم الثاني لم يصلها بعد لان الاصل فيها ان لا يقضى كالجمعة الا انا
تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر ويستحب

في اليوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ
من الصلوة ولما روي ان النبي عليه السلام كان لا يطعم في يوم النحر
حتى يرجع فيأكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه
السلام كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب
بعدها خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية
وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه
فان كان حدث عذر يمنع من الصلوة في يوم الاضحى صلاها من الغد
وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية
فيتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير من غير عذر لمخالفة المنقول
والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم
عرفة في بعض المواضع تشبيها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف
عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونها كساير المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

ويبتدأ بتكبيرات التشريق
بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا يختم عقيب العصر من آخر ايام التشريق
والمسئلة مختلفة من الصحابة رضي الله عنهم فاخذا بقول علي رضي الله عنه
اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضي الله
عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان تقول مرة واحدة
الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو
المأثور عن الخليل عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين
في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وليس على
جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة
لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل
عن الخليل ابن احمد ابن رحمه الله ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع
ورد به عند استجماع هذه الشرايط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين

بالرجال وعلى المسافرين عندا فتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال
يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر فكبر ابوحنيفة
رضي الله عنه دل ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدى وهذا
لا يؤدى في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام
بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي
رحمه الله ركوعان له ماروت عايشة رضي الله عنها ولنا رواية عمر رضي الله
عنه والحال اكشف لتقدمهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيها
ويخفي وقالا يجهر وعن محمد رحمه الله مثل قول ابي حنيفة رضي الله عنه
اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخففان شاء لان المسنون
استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الآخر واما
الاخفا والجهر فلما روت عايشة رضي الله عنها انه عليه السلام جهر فيها
ولابي حنيفة رضي الله عنه رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهما والترجيح
قدم من قبل ولانه صلوة النهار وهي عجماء ويدعوا بعدها حتى تجلى
الشمس لقوله عليه السلام اذا رايتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى
الله تعالى بالدعاء فيه واذكروا الله واستغفروه والسنة في الادعية تأخيرها
عن الصلوة ويصلي الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى الناس
فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في كسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع
بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام
اذا رايتم شيئا من هذه الاهوال فارغبوا الى الصلوة وليس في الكسوف
خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابوحنيفة
رضي الله عنه ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس
وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى واستغفروا
ربكم انه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا الآية ورسول الله صلى الله
عليه وسلم استسقى ولم يروعنه الصلوة وقالا يصلي الامام ركعتين

لقربهم

لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كصلوة العيد
رواه ابن عباس رضي الله عنه قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد
ذكر في الاصل قول محمد رحمه الله وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة
العيد ثم يخطب لما روى انه عليه السلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند
محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي
حنيفة رضي الله عنه لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة
بالدعاء لما روى انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب
رداءه لما روينا قال رضي الله عنه هذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لا يقلب لانه دعاء فيعتبر بساير الادعية وما رواه كان
تفؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم
بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل
عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف
جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه
فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع رأسه من السجدة
الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي
بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه
العدو وجاءت الطائفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير
قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت
الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون
وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف
رحمه الله وان انكر شرعها في زماننا فهو محجوج عليه بما رويناه وان كان الامام
مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثاني ركعتين لما روى انه
عليه السلام صلى الظهر بطائفتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى
ركعتين من المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة

غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حالة الصلوة
فان فعلوا بطلت صلوتهم لانه عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم
الاحزاب والخندق ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف
صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا
على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه
للضرورة وعن محمد رحمه الله انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد
في المكان والله اعلم **باب الجنائز** اذا احتضر الرجل
وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف
عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن
الشهادة لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم بشهادة ان لا اله الا الله
والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك
جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن **فصل في الغسل**
واذا ارادوا غسله وضعوا على سريره لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته
خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا
ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق
لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم
يفيضون الماء عليه اعتبارا بحال الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم
الميت وانما يوتر لقوله عليه السلام ان الله تعالى وتر يحب الوتر ويغلى
الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح
لحصول اصل المقصود ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له
ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد خلص
الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده
ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء غسله
ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة
ثم ينشفه بثوب كيلا يبتل اكفانه ويجعله الميت في اكفانه ويجعل

الحنوط على رأسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطييب سنة
والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولحيته ولا يقص
ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان
هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع
الوسخ تحته وصار كالختان **فصل في التكفين** والسنة ان يكفن
الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عليه السلام
كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا
بعد مماته فان اقتصر على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن
الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه
ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص
من اصل العنق الى القدم فاذا ارادوا لف الكفن ابتداء بالجانب الايسر
فالقوه عليه ثم بالايمن كما في حال الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة ثم
يبسط عليه الازار ثم تقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار
من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر
الكفن عقدوه صيانة عن الكشف ويكفن المرأة في خمسة اثواب درع
وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها فوق ثدييها لحديث ام عطية رضي الله
عنها ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها
تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا
على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من
ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة
لان مصعب بن عمير رضي الله عنه حين استشهد كفن في ثوب واحد هذا كفن
الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها
فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة ويجمر الاكفان قبل ان يدرج
فيها وترا لانه عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب
فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة **فصل في الصلوة** واولى

الناس بالصلوة السلطان ان حضر لان فى التقدم عليه ازدراء به فان
لم يحضر فالقاضى لانه صاحب ولاية فان لم يحضر يستحب تقديم امام الحى
لانه رضيه فى حال حيوته قال ثم الولى والاولياء على الترتيب المذكور
فى النكاح فان صلى غير الولى والسلطان اعاد الولى ان شاء لما ذكرنا
ان الحق للاولياء وان صلى الولى لم يجز لاحد ان يصلى بعده لان الفرض يتأدى
بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا راينا الناس تركوا من اخرهم الصلوة
على قبر النبى صلى الله عليه وسلم مع انه فى قبره كما وضع وان دفن الميت
ولم يصل عليه صلى على قبره لانه عليه السلام صلى على قبر امراة من الانصار
ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر فى معرفة ذلك اكثر الراى هو الصحيح
لاختلاف الحال فى الزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله تعالى
عقيبه ثم يكبر تكبيرة ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يكبر تكبيرة
يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عليه
السلام كبر اربعا فى اخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام
خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ بما روينا وينتظر تسليم
الامام فى رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفارا للميت
والبداية بالثناء ثم بالصلوات لانها سنة الدعاء ولا يستغفر للصبى
ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا
مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الاتى حتى يكبر الاخرى
بعد حضوره عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يكبر حين
يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتى به ولهما ان كل تكبيرة قائمة
مقام ركعة والمسبوق لا يبتدى بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا
فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال
ويقوم الذى يصلى على الرجل والمراة بحذاء الصدر لانه موضع القلب
وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه
وعن ابى حنيفة رضى الله عنه انه يقوم من الرجل بحذاء راسه ومن المراة بحذاء

وسطها لان انسا رضى الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تاويله
ان جنازتها لم يكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا على جنازة اجزأهم
فى القياس لانه دعاء وفى الاستحسان لا يجزيهم لانها صلوة من وجه
لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن
فى صلوة الجنازة لان التقدم حق الولى فيملك ابطاله بتقديم غيره وفى
بعض النسخ لا بأس بالاذان اى الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا
حقه ولا يصلى على ميت فى مسجد جماعة لقوله عليه السلام من صلى على
جنازة فى المسجد فلا اجر له ولانه بنى لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث
المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ رحمهم الله ومن
استهل بعد الولادة سمى وغسل وصلى عليه لقوله عليه السلام اذا استهل
المولود صلى عليه ومن لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة
الحيوة فتحقق فى حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج فى خرقة لكرامة
بنى ادم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل فى غير الظاهر من الرواية لانه
نفس من وجه وهو المختار واذا سبى صبى مع احد ابويه فمات لم يصل عليه
لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا
او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه
صلى عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما فى اللقيط وان مات
الكافر وله ولى مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر على رضى الله عنه
فى حق ابيه ابى طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف فى خرقة ويحفر
حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى والله اعلم

فصل فى حمل الجنازة

واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه
الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة
وقال الشافعى رحمه الله السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل
عنقه والثانى على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رضى الله عنه
هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون

الجنب لان النبي عليه السلام سئل عنه فقال ما دون الجنب واذا بلغوا
الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد يقع الحاجة
الى التعاون والقيام امكن فيه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة
على يمينك ثم موخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم موخرها على يسارك
ايثارا للتيامن وهذا في حال التناوب **فصل في الدفن** ويحفر القبر
ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي
القبلة خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه
السلام سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه و
اضطربت الروايات في ادخال النبي صلى الله عليه وسلم اذا وضع في لحده
يقول واضعه بسم الله على ملة رسول الله كذا قال النبي عليه السلام حين
ابا دجانة في القبر ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوي اللبن عليه لانه عليه
السلام جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المراة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد
ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف
ويكره الاجر والخشب لانهما احكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالاجر
اثر النار فيكره تفاولا ولا باس بالقصب وفي الجامع الصغير يستحب القصب
واللبن لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب
ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور
ومن شاهد قبر النبي اخبر انه مسنم **باب الشهيد** الشهيد
من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما فلم
يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد
وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم لا تغسلوهم فكل من
قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم
فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع
غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي رحمه الله يخالفنا في الصلوة ويقول

السيف محا للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت
لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعا
كالصبي والنبي عليه السلام ومن قتله اهل الحرب واهل البغي وقطاع
الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف
والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يغسل
لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا يرفع الجنابة وقد
صح ان حنظلة رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا
الخلاف الحايض والنفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية
وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة وله ان السيف
كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن
في معناه ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع
عنه الفرو والحشو والقلنسوة والخف والسلاح لانها ليست من جنس
الكفن ويزيدون وينقصون ما شاء ولا تماما للكفن ومن ارتث غسل
وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة لان بذلك يخف اثر الظلم
فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او يداوى او ينقل
من المعركة لانه نال بعض مرافق الحياة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس
يدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول
لانه ما نال شيئا من الراحة ولو اواه فسطاطا وخيمة كان مرتثا لما بينا
ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة
يصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء وهذا مروي عن ابي يوسف رحمه الله
ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف رحمه الله لانه
ارتفاق وعند محمد رحمه الله لا يكون لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا
في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخفف الظلم الا اذا علم
انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص

عنهما ظاهر اما فى الدنيا او فى العقبى وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله
ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف فى الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل
فى حد او قصاص غسل وصلى عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه
وشهداء احد بذلوا انفسهم فى ابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم ومن قتل
من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضى الله عنه لم يصل
على البغاة والله اعلم

باب الصلوة فى الكعبة

الصلوة فى الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعى فيهما ولمالك
فى الفرض لان النبى عليه السلام صلى فى جوف الكعبة يوم الفتح ولانها
صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس
بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز
لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة التحرى
ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه
واذا صلى الامام فى المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة
الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن فى
جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى
على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعى لان الكعبة هى العرصة
والهوى الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى
على ابى قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم
وقد ورد النهى عن النبى عليه السلام

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر البالغ العاقل المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما
وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله عليه
السلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالوجوب الفرض
لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والبلوغ والعقل
لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا يتحقق من الكافر ولا بد من ملك
مقدار النصاب لانه عليه قدر سبب الزكوة به ولا بد من الحول من مدة
يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة
فى مال حتى يحول عليه الحول ولانه الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول
المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هو واجب
على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخى لان جميع العمر وقت
الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبى
والمجنون زكوة خلافا للشافعى فانه غرامة مالية فيعتبر بساير المؤن
كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج دليلنا انه عبادة فلا يتادى
الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف
الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب فى العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة
تابع ولو افاق فى بعض السنة فهو بمنزلة افاقته فى بعض الشهر فى الصوم
وعن ابى يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلى والعارضى
وعن ابى حنيفة رضى الله عنه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة
الصبى اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود
المنافى وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط
بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعى يجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام
ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش
وثياب البذلة والمهنة وان كان له مال اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا
لفراغه عن الحاجة والمراد دين له مطالب من العباد حتى لا يمنع دين النذر
والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب
وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابى يوسف رحمه الله فى الثانى
على ما روى عنه لان له مطالبا وهو الامام فى السوائم ونائبه فى اموال التجارة
فان الملاك نوابه وليس فى دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب
الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية
وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا
ومن كان له دين على اخر فجحده سنين ثم قامت به بينة لم يزكها لما مضى

معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهو مسئلة مال الضمار وفيه
خلاف زفر والشافعي رحمهما الله ومن جملته المال المفقود والابق والمغصوب
اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي
مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق
والضال والمغصوب على هذا الاختلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات
اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في
مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف
ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسير
الوصول اليه وفي المدفون في ارض وكرم اختلاف المشايخ رضي الله عنهم
ولو كان الدين على مقر ملي او معسر يجب الزكوة لامكان الوصول ابتداء او
بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي
لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان
تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رحمه الله لا يجب لتحقق الافلاس عنده
بالتفليس وابو يوسف رحمه الله مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة
رضي الله عنه في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة
ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة
وان نواها للتجارة بعد ذلك لم يكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة
لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما
بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا بالنية الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه
للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة
لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح او الخلع او الصلح عن القود
ونواه للتجارة كان للتجارة وعند ابي يوسف رحمه الله لاقترانها بالعمل وعند محمد
رحمه الله لا يصير للتجارة لانها لم يقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه
ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب
لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان

الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة الدفع او العزل تيسيرا كتقديم النية
في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها استحسانا
لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض
النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد رحمه الله لان الواجب شايع في الكل
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي
محلا للواجب بخلاف الاول والله اعلم

باب صدقة السوائم

قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها
الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشر فاذا كانت
خمسة عشر ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه
الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت
في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي
طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة
وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة
وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين
ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة
وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة
مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشر ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه
وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم
تستانف الفريضة ففي الخمس شاة والعشر شاتان وفي خمسة عشر ثلث شياه
وفي عشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ستة وثلثين بنت لبون
فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف
الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا
وقال الشافعي رحمه الله اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات
لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب

فى الايجاب على الاربعينات والخمسينات فيجب فى كل اربعين بنت لبون
وفى كل خمسين حقه لما روى انه عليه السلام كتب اذا زادت الابل على مائة
وعشرين ففى كل خمسين حقة وفى كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود
ما دونها ولنا انه عليه السلام كتب فى اخر ذلك فى كتاب عمرو بن حزم فما كان
اقل من ذلك ففى كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء
لان مطلق الاسم يتناولهما **فصل فى البقر** ليس فى اقل من ثلثين
من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع
او تبيعة وهى التى طعنت فى الثانية وفى اربعين مسنة وهى التى طعنت
فى الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضى الله عنه
فاذا زادت على اربعين وجب فى الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابى
حنيفة رضى الله عنه ففى الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفى الثنتين نصف
عشر مسنة وهذا رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس
ولا نص ههنا وروى الحسن رحمه الله عنه انه لا يجب فى الزيادة شئ حتى
يبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب
على ان يكون بين كل عقدين وقص وفى كل عقد واجب وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا شئ فى الزيادة حتى يبلغ ستين وهو رواية عن ابى حنيفة
رضى الله عنه لقوله عليه السلام لمعاذ رضى الله عنه لا تاخذ من اوقاص
البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار
ثم فى الستين تبيعان او تبيعتان وفى سبعين مسنة وتبيع وفى ثمانين
مسنتان وفى تسعين ثلثة اتبعة وفى المائة تبيعتان ومسنة على هذا
يتغير الفرض فى كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله عليه
السلام فى كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفى كل اربعين مسنة والجواميس
والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس
لا تسبق اليه فى ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به فى يمينه لا ياكل لحم بقر
فصل فى الغنم ليس فى اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة

فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين
فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها
ثلث شياه فاذا بلغت اربع مائة ففيها اربع شياه ثم فى كل مائة شاة
هكذا ورد البيان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى كتاب
ابى بكر رضى الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضان والمعز سواء لان
لفظ شامل للكل والنص ورد به ويؤخذ الثنى فى زكوتها ولا يؤخذ
الجذع والثنى منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابى
حنيفة رضى الله عنه وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام
انما حقنا الجذعة والثنى ولانه يتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه
الظاهر حديث على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ فى الزكوة الا
الثنى فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز
فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روى
الجذعة من الابل ويؤخذ فى زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم
الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام فى اربعين شاة شاة والله اعلم
فصل فى الخيل اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها
بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل
مائتى درهم خمسة دراهم وهذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وهو قول
زفر رحمه الله وقالا لا زكوة فى الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم
فى عبده ولا فى فرسه صدقة وله قوله عليه السلام فى كل فرس سائمة دينار
او عشرة دراهم وتاويل ما رواه فرس الغازى وهو المنقول عن زيد بن ثابت
رضى الله عنه والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضى الله عنه
وليس فى ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا فى الاناث المنفردات
فى رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور
وعنه انها تجب فى الذكور المنفردة ايضا ولا شئ فى البغال والحمير لقوله
عليه السلام لم ينزل على فيهما شئ والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون

للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كساير اموال التجارة والله اعلم

فصل وليس في الفصلان والعجاجيل والحملان صدقة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا آخر اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار وجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحدة من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تادية الزكوة حتى لا يخرج عن العهدة باداء واحد من الصغار ثم عند ابي يوسف رحمه الله لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في كل خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شي حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثني الواجب ثم لا يجب شي حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة وسط فيجب اقلها وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه سن فلم يوجد اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبنى على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء من وجه وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة

فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك رحمه الله له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلام ليس في العوامل والحوامل والمعلوفة ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم توجد ولان في المعلوفة يتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كان معلوفة لان القليل تابع للاكثر ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرايمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر رحمهما الله فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عندهما وعند محمد وزفر رحمهما الله يسقط بقدره لمحمد ان الزكوة وجب شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام في خمس من الابل شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف رحمه الله يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها

دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقابلة والزكوة مصرفها الفقراء
ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه
وكذا الدفع الى كل جائز لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط
وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المراة فيها ما على الرجل
منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يوخذ من المسلمين ويوخذ من نساء
المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقط الزكوة
وقال الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب
في الذمة كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك
ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله
كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق
منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت
وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له
بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى
بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك رحمه الله
ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه
نصاب واحد خلافا لزفر رحمه الله لان النصاب الاول هو الاصل في السببية
والزايد عليه تابع له والله اعلم

باب زكوة المال

فصل في الفضة ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه
السلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا
كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام
كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل
عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ولا شيء في الزيادة حتى يبلغ اربعين
فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهم درهم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقال صاحباه رحمهما الله ما زاد على المائتين فزكوته بحسابها وهو قول
الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه وما زاد
على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط
النصاب في الابتداء ليتحقق الغنى وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن
التشقيص ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام في حديث معاذ
رضي الله عنه لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم رضي الله
عنه ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور
ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة
منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه
واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة
واذا كان الغالب الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان يبلغ قيمته نصابا
لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير
فجعلنا الغلبة فاصلا وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره
في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما
في ساير العروض الا اذا كان يخلص منها فضة يبلغ نصابا لانه لا يعتبر
في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة **فصل في الذهب**
ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا
ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر
وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل
صدقة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجب بحساب ذلك وهي مسئلة
الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين
درهما وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي
رحمه الله لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح
فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو
الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب والله اعلم بالصواب

باب في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة

ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق والذهب لقوله عليه السلام
فيها يقومها فيؤدى من كل مائتى درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء
باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع ويشترط نية التجارة ليثبت
الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للفقراء والمساكين احتياطا لحق الفقراء
قال رضى الله عنه وهذا رواية عن ابى حنيفة رضى الله عنه وفى الاصل خيره
لان الثمنين فى تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ
نصابا وعن ابى يوسف رحمه الله انه يقومها بما اشترى وان كان الثمن من
النقود لانه ابلغ فى معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها
بالنقد الغالب وعن محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما فى
المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا فى طرفى الحول فنقصانه فيما
بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال فى اثنائه اما لا بد منه
فى ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفى انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين
ذلك لانه حالة البقاء ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان
الوجوب فى الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب
الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة
عند ابى حنيفة رضى الله عنه وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من
كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب ويبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة
عنده خلافا لهما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا يجب الزكوة
فى مصوغ وزنه اقل من مائتى درهم وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة
وهى تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال التجارة فقال اصبته منذ اشهر
او على دين وحلف صدق فالعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات
من التجار فمن انكر منهم تمام الحول والفراغ من الدين كان منكرا للوجوب
والقول قول المنكر مع اليمين وكذلك اذا قال اديت الى عاشر آخر ومراده اذا
كان فى تلك السنة عاشر آخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما
اذا لم يكن عاشر آخر فى تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال
اديتها انا الى الفقراء فى المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ
بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب فى صدقة السوائم فى ثلثة فصول
وفى الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسى الى الفقراء فى المصر لا يصدق
وان حلف وقال الشافعى رحمه الله يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا
ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة
هو الاول والثانى سياسة وقيل هو الثانى والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم
فيما يصدق فى السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة فى الجامع
الصغير وشرط فى الاصل وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة رضى الله عنه لانه ادعى
ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلا يعتبر
علامة وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمى لان ما يؤخذ منه نصف ما يؤخذ
من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربى الا فى
الجوارى يقول هن امهات اولادى لان الاخذ منه بطريق الحماية وما فى يده من المال
يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من فى يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانه
يبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال ويؤخذ
من المسلم ربع العشر ومن الذمى نصف العشر ومن الحربى العشر هكذا امر عمر
رضى الله عنه سعاته وان مر حربى بخمسين درهما لم يؤخذ منه شئ الا ان يكونوا يأخذون
منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمى لان
المأخوذ منهم زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا فى الجامع الصغير
وفى كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منه لان القليل لم
يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربى بمائتى درهم ولا يعلم كم يأخذون
منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضى الله عنه فان اعياكم فالعشر وان علم انهم
يأخذون منا ربع عشر او نصف عشر نأخذ بقدره وان كان يأخذون الكل لا نأخذ
الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ ليتركوا الاخذ من تجارنا
ولانا احق بمكارم الاخلاق وان مر الحربى على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى

لم يعشره حتى يحول عليها الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال
وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد
الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال
وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه
رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال فان مر
ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر اي من قيمتها وقال
الشافعي رحمه الله لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما
في المالية عندهم وقال ابو يوسف رحمه الله يعشرهما اذا مر بهما جملة كان جعل
الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه
الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها
وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية
والمسلم يحمي خمر نفسه للتخلل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه
بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره ولو مر صبي او امراة من
بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المراة ما على الرجل لما ذكرنا في
السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى
قد حال عليها الحول لم يزك المائة التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت
حمايته فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير ماذون باداء زكوته
وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة رضي الله عنه اولا
يقول يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه
بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو
قولهما لانه ليس بمالك ولا نايب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال
ربح يبلغ نصيبه نصابا فيوخذ منه لانه مالك له ولو مر عبد ماذون له
بمائتي درهم وليس عليه دين عشره قال ابو يوسف رحمه الله لا ادري ان ابا
حنيفة رضي الله عنه رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة
وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار

كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع
بالعهدة على المولى وكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة
حتى يرجع بالعهدة على رب المال وكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع
في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يوخذ منه لان الملك
له الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل ومن مر على
عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثني عليه الصدقة يعني اذا
مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليه والله اعلم

باب المعادن والركاز

قال معدن ذهبا وفضة
او رصاصا وحديدا وصفرا وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا
وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد
الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط فيه الحول
في قوله لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس
وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها
ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنايم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في
يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقة فللواجد
فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقة في حق الاربعة الاخماس حتى كانت
للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من
اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة ساير الاجزاء فكذا في هذا الجزء ولان
الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيه وان وجده في ارضه
فعن ابي حنيفة رضي الله عنه روايتان وجه الفرق على احدهما وهو رواية
الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب
العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا
اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز بمعنى الركز
فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليها كلمة

الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وان كان على
ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما
بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز
منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض مملوكة فكذا الحكم
عند ابي يوسف رحمه الله لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهو منه وعند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة
اول الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان
كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه
لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري وان
لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا ولو
اشتبهت الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل اسلاميا
في زماننا لتقادم العهد ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا
رده اليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده
في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه
لانه بمنزلة متلصص غير مجاهد وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس
لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة رضي الله
عنه اخرا خلافا لابي يوسف رحمه الله ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية يخرج من البحر خمس
لان عمر رضي الله عنه اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر
فلا يكون الماخوذ غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه
فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس
معناه وجد في ارض لا مالك له لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة والله اعلم

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة رضي الله عنه
في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء
الا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر فيما له ثمرة باقية اذا بلغ
خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم وليس
في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي
اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق
صدقة ولانه صدقة فيشترط النصاب فيه لتحقق الغنى ولابي حنيفة رضي الله
عنه قوله ما اخرجت الارض ففيه العشر من غير فصل وتاويل ما رويناه زكوة
التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا
معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء
وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضروات صدقة
والزكوة غير منفي فيعتبر العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة
ياخذها العاشر وبه ياخذ ابو حنيفة رضي الله عنه فيه ولان الارض قد تستنمى
بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيه الخراج اما الحطب والقصب
والحشيش لا يستنبت في الجنان عادة بل تنفى منها عادة حتى لو اتخذها مقصبة
ومشجرة ومنبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي
اما قصب السكر والقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال
الارض بخلاف السعف والتبن لان المقصود الحب والتمر دونهما وما سقي بغرب
او دالية او سانية ففيه نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيها وتقل
فيما يسقى بالسماء او سيحا وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر اكثر السنة كما مر
في السائمة وقال ابو يوسف رحمه الله فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب
فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا
لانه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال
محمد رحمه الله يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه
فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة امناء
لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر اذا
اخذ من ارض العشر وقال الشافعي رحمه الله لا يجب لانه متولد من الحيوان
فاشبه الابريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل العشر ولان النحل يتناول

من الانوار و الثمار وفيها العشر وكذا فيما يتولد منها بخلاف ورد القز
لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابى حنيفة رضى الله عنه يجب
فيه العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابى يوسف رحمه الله انه
يعتبر فيه قيمة خمسة اوسق كما هو اصله وعنه انه لا شئ فيه حتى يبلغ
عشر قرب لحديث بنى سيارة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد رحمه الله خمسة افراق كل فرق
ستة وثلاثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا فى قصب السكر وما يوجد
فى الجبال من العسل والثمار فيه العشر وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يجب
لانعدام السبب وهو الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل
وهو الخارج وكل شئ اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه اجر
العامل ونفقة البقر لان النبى عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت
المؤنة فلا معنى لرفعها تغلبى له ارض فعليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع
الصحابة رضى الله عنهم وعن محمد رحمه الله انه فيما اشتراه التغلبى من المسلم
عشر واحد لان الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمى
فهى على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه فى الجملة كما اذا مر على العاشر
وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبى عند ابى حنيفة رضى الله عنه سواء
كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فينتقل
الى المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف رحمه الله يعود الى عشر واحد
لزوال الداعى الى التضعيف قال رحمه الله فى الكتاب وهو قول محمد رحمه الله فيما
صح عنه واختلف المشايخ رضى الله عنهم فى بيان قوله والاصح انه مع ابى حنيفة
رضى الله عنه فى بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتاتى الا فى الاصلى لان التضعيف
الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها
من نصرانى يريد به ذميا غير تغلبى وقبضها فعليه الخراج عند ابى
حنيفة رضى الله عنه لانه اليق بحال الكافر وعند ابى يوسف رحمه الله
عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبى وهذا

واختلف النسخ

اهون من التبديل وعند محمد هى عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها
فلا يتبدل كالخراج ثم فى رواية يصرف مصارف الصدقات وفى رواية
مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على البائع
لفساد البيع فهى عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع
كانه اشتراها واما الثانى فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع
كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد
واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه
بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة فى مثل
هذا تدور مع الماء وليس على المجوسى فى داره شئ لان عمر رضى الله عنه
جعل المساكن عفوا وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر
لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة
يليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر فى الماء العشرى الا ان عند محمد
رحمه الله عشر واحد وعند ابى يوسف رحمه الله عشران وقد مر الوجه
ثم الماء العشرى ماء السماء والابار والعيون والبحار التى لا تدخل
تحت ولاية احد واما الخراجى الانهار التى شقها الاعاجم وماء جيحون
وسيحون ودجلة والفرات عشرى عند محمد رحمه الله لانه لا يحميها احد
كماء البحار وخراجى عند ابى يوسف رحمه الله لانه يتخذ عليها القناطير
من السفن وهذا يد عليها وفى ارض الصبى والمراة التغلبيين ما فى ارض
الرجل يعنى العشر المضاعف فى العشرية والخراج الواحد فى الخراجية لان
الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبى والمراة
اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف لهما اذا كانا منهم وليس فى عين القير
والنفط فى ارض العشر شئ لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة
كعين الماء وعليه فى ارض الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة
لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات

للفقراء والمساكين الآية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة
قلوبهم لان الله اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع
والفقير من له ادنى شئ والمسكين من لا شئ له وهذا مروي عن ابي حنيفة
رضي الله عنه وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف
واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع الامام
ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي
رحمه الله لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا الا ان
فيه شبهة الصدقة فلا ياخذه العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول
عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة
في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم
من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي من تحمل غرامة
في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله تعالى
منقطع الغزاة عند ابي يوسف رحمه الله لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند
محمد رحمه الله منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله
فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء
الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال في وطنه
وهو في مكان لا شئ له فيه قال فهذه جهات الزكوة فللمالك ان يدفع الى كل
واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق
ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف فلا لاثبات الاستحقاق وهذا
لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي
باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم
ولا يجوز ان يدفع الزكوة الى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ بن جبل رضي الله
عنه خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة
وقال الشافعي رحمه الله لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله اعتبارا

بالزكوة ولنا قوله عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا
حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا
يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لان
قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما الميت ولا يشترى بها رقبة
تعتق خلافا لمالك ذهب اليه في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق
اسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع الى غني لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة
لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في غني الغزاة وكذا حديث
معاذ رضي الله عنه على ما روينا ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده وان علا
ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا
يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة ولا تدفع
المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة رضي الله عنه لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله
عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي
الله عنه وقد سالته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة ولا يدفع
الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله
حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة
رضي الله عنه لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما
ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا
لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار
ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد
غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم
لقوله عليه السلام يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط
الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل علي والعباس والجعفر
والعقيل والحارث بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون
الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلان مولى رسول الله

صلى الله عليه وسلم سأله الحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما
اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق
لان القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد
رضي الله عنهما اذا دفع الزكوة الى رجل بظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي
او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف
رحمه الله عليه الاعادة لظهور خطاه بيقين وامكان الوقوف على هذه
الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال فيه
يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته
ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها
على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي
اكبر رايه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر او تحرى وفي اكبر رايه انه ليس
بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه
عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن
على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى
الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء
شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا
مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف
عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد
مائتي درهم فصاعدا ولو دفع جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الغنى
قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه
لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال وان يغني به انسانا
احب الي معناه الاغناء عن السؤال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره
نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما يفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا فيه
من حديث معاذ رضي الله وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان

الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة
دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها لان المصرف
مطلق الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا
عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده واما وجوبها فلقوله
عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر
او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة ابن صعير العدوي وصعير
العذري رضي الله عنه وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق
التمليك والاسلام لتقع قربة واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا
عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله تجب على من يملك زيادة
على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى في الشرع
به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية كالمعدوم
ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب
الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى
الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه
يضاف اليه يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر
باعتبار انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في
الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار
لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا
للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة
وابي يوسف رضي الله عنهما خلافا لمحمد رحمه الله لان الشرع اجراه مجرى المؤنة
فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها
في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده
الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته

بغير امرهم اجزاه استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه
لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى
ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رحمه الله
فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا
وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنى والعبد بين شريكين
لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في كل واحد منهما وكذا العبيد
بين اثنين عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤس
دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع
لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم يتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي
المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام
في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني
او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي
رحمه الله لان الوجوب عنده في العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس
فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له
معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر رحمه الله على من له الخيار لان
الولاية له وقال الشافعي رحمه الله على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة
ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت
الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها
للحاجة الناجزة فلا يقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف والله اعلم

فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع من بر
او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه والاول
رواية الجامع الصغير وقال الشافعي رحمه الله من جميع ذلك صاع لحديث
ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وفيهم

الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم وما رواه محمول على الزيادة تطوعا
ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان
في المعنى لانه يؤكل كل واحد ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا
ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر
اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا
وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب
والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى
عن ابي حنيفة رضي الله عنه وعن محمد رحمه الله انه يعتبر كيلا والدقيق اولى
من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف رحمه الله وهو اختيار
الفقيه ابي جعفر رحمه الله لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش
رحمه الله تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف
الشافعي رحمه الله والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال
بالعراقي وقال ابو يوسف رحمه الله خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي
لقوله عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام
كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع
عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي ووجوب
الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي رحمه الله بغروب الشمس
في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر يجب فطرته عندنا
وعنده لا يجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر
وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون
الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى
لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل
الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر
جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين
مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم يسقط وكان عليهم

اخراجها لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف
الاضحية والله اعلم بالصواب

كتاب الصوم

قال رضي الله عنه الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق
بزمان بعينه كصوم شهر رمضان والنذر المعين ويجوز بنية من الليل وان
لم ينو حتى اصبح اجزاته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي رحمه الله
لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى
فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى
وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل
يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه
ونفسره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو
الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة
لانه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزء عنده ولنا قوله عليه السلام بعد ما
شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل
فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم
من الليل ولانه يوم صوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة
المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعينه
لله تعالى فيترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لانهما اركان
فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه توقف على صوم
ذلك اليوم وهو النفل بخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر
فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع
الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار
ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى لا وقت الزوال فيشترط
النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رحمه الله
لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق
النية وبنية النفل وبنية الواجب الاخر وقال الشافعي رحمه الله في نية

النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض
فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النية
كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه فاذا نوى النفل او واجبا اخر
فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو
كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق
بغير المعذور وعند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا صام المريض والمسافر
بنية واجب اخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه بالحال وتخيره
في صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق
على احديهما انه ما صرف الوقت الى الاهم والضرب الثاني ما يثبت في الذمة
كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين
فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا
لمالك رحمه الله فانه تمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما
كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل
فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا
ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله جاز ويصير صائما من
حين نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال
الا ان من شرطه الامساك في اول النهار لانه عبادة وهي قهر النفس وهي انما
يتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره وينبغي للناس ان يلتمسوا
الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا فان غم عليهم
اكملوا عدة شعبان ثلثين يوما لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا
لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء
الشهر فلا ينقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا
لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا
وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا

ولانه يشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان
اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان
كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي
عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهة
ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان
فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل اجزاه عن
الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان
لا التقدم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة
يلازم كل الصوم والكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع
وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يكره على
سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم
ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه
ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة
ايام من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر
النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي وعايشة رضي الله عنهما فانهما كانا
يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة
بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والعصيان الذي دل عليه
قوله عليه السلام من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم والرابع ان يضجع
في اصل النية بان ينوي بان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان
من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صايما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا
نوى انه ان وجد غداء غدا يفطر وان لم يوجد يصوم والخامس ان يضجع في
وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان
فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من
رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه
عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه

يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى
عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو
للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه لما مر وان ظهر انه من
شعبان جاز عن نفله لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه
لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه ومن رأى هلال رمضان وحده صام
وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وقد رأى ظاهرا
وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رحمه الله عليه الكفارة
ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه وحكما لوجوب عليه
ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة
وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف
المشايخ فيه ولو كمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب
عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة
عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده وان كان بالسماء علة قبل الامام شهادة
الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا لانه امر
ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة ويشترط
العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي
عدلا او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق
جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه
خبر وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان الشافعي
رحمه الله في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي
عليه السلام قبل شهادة الواحد في رؤية الهلال رمضان ثم اذا قبل الامام
شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
رضي الله عنه للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد رحمه الله
انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان
كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة

القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع
العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب
التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد
ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل
المحلة وعن ابي يوسف رحمه الله خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق
بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي رحمه الله انه يقبل
شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب
الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن راى هلال الفطر
وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء
علة لم يقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق
به نفع العباد وهو الفطر فاشبه ساير حقوقهم والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر
الرواية وهو الاصح خلافا لما يروى عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه كهلال
رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي فان لم يكن
بالسماء علة لم يقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت
الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا
حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام
الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك عن الاكل
والشرب والجماع نهارا مع النية لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود
الاستعمال الا انه زيد عليه النية في الشرع ليتميز بها العبادة من العادة
واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون
على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس
شرط لتحقق الاداء في حق النساء والله اعلم

باب ما يوجب القضاء والكفارة

واذا اكل الصايم اوشرب اوجامع ناسيا لم يفطر
والقياس ان يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام
ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي اكل وشرب

ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل
والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة
مذكرة فلا تغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض
والنفل لان النص في الصوم لم يفصل ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء
خلافا للشافعي رحمه الله فانه يعتبر بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر
النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه من قبل غيره فيفترقان
كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه
السلام ثلث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد
صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة المباشرة وكذا اذا نظر الى امراة
فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن
لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه
ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام
لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل
لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هنالك
اديرعلى السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله تعالى وان انزل بقبلة او
لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة
او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة تفتقر الى كمال الجناية
لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا باس بالقبلة اذا امن على نفسه اي الجماع
او الانزال ويكره ان لم يامن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان
امن يعتبر عينه ويباح له وان لم يامن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي رحمه الله
اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرناه والمباشرة مثل التقبيل في
ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه كره المباشرة الفاحشة لانه قل ما يخلو
عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس
يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة
وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع فاشبه الغبار والدخان واختلفوا

فى المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمة او
سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا يفطر وقال زفر رحمه الله
يفطر فى الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة
ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لا يبقى ما بين الاسنان
والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله
ينبغى ان يفسد صومه كما روى عن محمد رحمه الله ان الصايم اذا ابتلع سمسمة
بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانه
يتلاشى وفى مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابى يوسف
رحمه الله وعند زفر رحمه الله عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابى يوسف
رحمه الله انه يعافه الطبع فان ذرعه القئ لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء
فلا قضاء عليه ومن استقى عمدا فعليه القضاء ويستوى ملاء الفم وما دونه
فلو عاد وكان ملاء الفم فسد عند ابى يوسف رحمه الله لانه خارج حتى انتقض
به الطهارة وقد دخل وعند محمد رحمه الله لا يفسد لانه لم توجد صورة
الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاد فسد
بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل
من ملاء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له فى الادخال
وان عاد فكذلك عند ابى يوسف لعدم الخروج وعند محمد يفسد لوجود الصنع
منه فى الادخال فان استقى عامدا ملاء فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس
متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وان كان اقل من ملاء الفم فكذلك
عند محمد رحمه الله لاطلاق الحديث وعند ابى يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم
الخروج حكما ثم ان اعاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاد فعنه
انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملاء الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع
الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى
ومن جامع فى احدى السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة
والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال فى المحلين اعتبارا بالاغتسال

لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن ابى حنيفة رضى الله
عنه انه لا يجب الكفارة بالجماع فى الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح
انه يجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة
فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل خلافا للشافعى رحمه الله لان الجناية تكاملها
باقتضاء الشهوة فى محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما يجب الكفارة بالوقاع
على الرجل يجب على المراة وقال الشافعى رحمه الله فى قول لا يجب عليها لانها
متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هى محل وفى قول يتحمل عنها الرجل اعتبارا
بماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر فى رمضان فعليه ما على
المظاهر وكلمة من ينتظم الاناث والذكور ولان السبب جناية الافساد
لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجرى
فيهما التحمل ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء
والكفارة وقال الشافعى رحمه الله لا كفارة عليه لانها شرعت فى الوقاع
بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة
تعلقت بجناية الافطار فى رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب
الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة
مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابى فانه قال يا رسول الله هلكت
واهلكت فقال ماذا صنعت واقعت امراتى فى نهار رمضان متعمدا فقال
عليه السلام اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتى هذه فقال عليه السلام صم
شهرين متتابعين وهل جاءنى ما جاءنى الا من الصوم فقال عليه السلام اطعم
ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يؤتى بعرق
من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال عليه السلام فرقها على
المساكين فقال والله ليس بين لابتى المدينة احد احوج منى ومن عيالى فقال
عليه السلام كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزى احدا بعدك وهو حجة على
الشافعى رحمه الله فى قوله تخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك رحمه الله فى
نفى التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء

لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدام الصورة وليس في افساد
الصوم في غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية
فلا يلحق غيره به ومن احتقن واستعط واقطر في اذنه افطر لقوله عليه
السلام الفطر لما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن
الى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الصورة واقطر في اذنه الماء او دخله
لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا ادخله الدهن وان
داوى جائفة او امة بدواء يصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة
رضي الله عنه والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول
لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة
الدواء يلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف
اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله يفطر وقول محمد رحمه الله
مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف رحمه الله ان بينه وبين الجوف
منفذا ولهذا يخرج البول منه ووقع عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان المثانة
بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفيه
لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على
الفساد ويكره للمراة ان تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما
بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا ترى ان لها ان تفطر اذا خافت
على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم
يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان
كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من التعريض على الفساد
ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمراة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك
في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه
من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو
ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي صلى الله عليه وسلم الى الاكتحال

يوم عاشورا والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي
دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل
عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة
ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه السلام خير خلال
الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لان فيه
ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة واللائق
به الاخفاء بخلاف الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين
المبلول بالماء لما روينا **فصل** ومن كان مريضا في رمضان
فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي رحمه الله لا يفطر هو
يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض
وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر
بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل
نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى
الحرج وقال الشافعي رحمه الله الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر
الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى
وما رواه محمول على حالة الجهد وان مات المريض والمسافر وهما على حالهما
لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر
لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته
وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف
وبين محمد رحمهم الله وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر
سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك
العدة فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء
تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب
وان اخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول
بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي

حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على نفسهما او ولديهما
افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية
خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا خافت على الولد وهو يعتبر بالشيخ الفاني ولنا
ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه
لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي
لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات
والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين قيل معناه
لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار
العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم
مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر
عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي يجري فيه
النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون
الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم
باستحسان المشايخ وكل صلوة يعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي
ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد
ومن دخل في صوم التطوع او صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي
رحمه الله له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة
وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي يجب القضاء
بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين لما بينا
ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عليه السلام افطر واقض يوما مكانه
واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق
الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب
فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما
مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل

بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية
معدومة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليه
القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا
واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه
الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس باهل للتطوع اصلا
والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى
الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان
في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان
مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى
الا انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن
اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم
وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام
النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا
وقال مالك رحمه الله لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتادى بنية
واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات
متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان هذه العبادة بخلاف
الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى
ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط ومن جن رمضان كله
لم يقضه خلافا لمالك رحمه الله هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو
الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق
الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي
رحمهما الله هما يقولان انه لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب
عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية
بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه
بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات

ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هو ظاهر الرواية وعن محمد رحمه
الله فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما
اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم ينو في رمضان
كله صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر رحمه الله يتادى صوم رمضان
بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه
يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك
بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة
على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقال زفر رحمه الله عليه الكفارة لانه يتادى بغير النية عنده
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان
التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد
وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المراة او نفست افطرت
وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا
قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال
الشافعي رحمه الله لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم
ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول ان التشبه خلف فلا يجب الا على من
يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق
الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض
والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه
حسب تحققه عن الصوم قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو
قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية
يومه قضاء لحق الوقت بقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه
حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة
لعدم القصد وفيه قول عمر رضي الله عنه ما تجانفنا الاثم قضاء يوم علينا
يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب

لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تاخيره لقوله
عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور و
السواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين والافضل ان
يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل
هو الليل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه اذا كان في موضع لا يستبين الفجر
او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا ياكل
ولو اكل فقد اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان
اكبر رايه انه اكل والفجر طالع عليه قضاؤه عملا بغالب الراي وفيه الاحتياط
وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر
ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا يتحقق العمدية ولو
شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه
القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رايه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء
رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب
ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان
ناسيا وظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه القضاء دون
الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق الشبهة وان بلغه الحديث
وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انها تجب وكذا
عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر
الى القياس ولا ينتفي بالعلم كوطء الاب جارية ابنه ولو احتجم وظن ان ذلك
يفطره ثم اكل عمدا عليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل
شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه
الحديث واعتمده فكذا عند محمد رحمه الله لان قول الرسول عليه السلام لا ينزل
عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء
لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تاويله تجب الكفارة
لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا تورث الشبهة لمخالفته القياس ولو

اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان لان الفطر
يخالف القياس والحديث مأول بالاجماع واذا جومعت النايمة او المجنونة
وهي صايمة عليهما القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا يجب الكفارة لانعدام الجناية والله اعلم

فصل فيما يوجبه على نفسه

واذا قال لله على صوم يوم النحر
افطر وقضى وهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما
يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه
نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره
ولكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان
صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كالتزامه وان نوى يمينا فعليه كفارة
يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر
لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته
كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا
لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا
عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وعند ابي يوسف رحمه الله يكون نذرا
ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر
فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا
ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي
بين الجهتين لانهما تقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين
لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة
في الهبة بشرط العوض ولو قال لله على صوم هذه السنة افطر يوم الفطر
ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه
الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى عنها لكن
يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويأتي

في هذا خلاف زفر والشافعي رحمه الله للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه
السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه
فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل
فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا كان عينها لانه
التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم وعليه كفارة يمين
ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم النحر صايما ثم افطر لا شيء عليه
وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع
ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة
رضي الله عنه وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صايما حتى
يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا فيجب ابطاله فلا يجب صيانته ووجوب
القضاء يبتنى عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس
الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف في الصلوة فيجب
صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه
لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول والله اعلم بالصواب

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة
مؤكدة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان
والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف
اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله والنية شرط في ساير العبادات وهو يقول ان الصوم عبادة هو
اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم
والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب
منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه
لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو
قول محمد رحمه الله اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة
الا يرى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه

لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا
وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا
في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه
انتظار الصلوة فيختص بمكان يؤدى فيه اما المراة فيعتكف في مسجد بيتها
لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة
الانسان او الجمعة اما الحاجة لحديث عايشة رضي الله عنها كان النبي صلى الله
عليه وسلم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها
ولا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه
من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم
حوايجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رحمه الله الخروج اليها مفسد لانه
يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح
الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين زوال الشمس لان الخطاب
يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي
قبلها اربعا وفي رواية ستا والاربع سنة والركعتان تحية المسجد وبعدها
اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها فالحقت
بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف
الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمها في مسجدين من غير
ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رضي
الله عنه لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف
يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب والنوم
يكون في معتكفه لان النبي عليه السلام لم يكن له ماوى الا المسجد ولانه
يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا باس بان يبيع و
يبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم
لحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشرى لان المسجد محرز

عن حقوق العباد وفيه شغله به ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه
لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم
ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه
يتجانب ما يكون ماثما ويحرم على المعتكف الوطء لقوله تعالى ولا تباشروهن
وانتم عاكفون في المساجد وكذا المس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه
اذ هو محظوره كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد
الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل
محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان
ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل يبطل لانه في معنى الجماع حتى
يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع
وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف
ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها
من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط
التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف
الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجري على التفرق
حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة
ومن اوجب اعتكاف يومين لزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا يدخل
الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة الاتصال وجه الظاهر
ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة والله اعلم بالصواب

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين
العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد
منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وصفه بالوجوب وهو
فريضة محكمة يثبت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه سبيلا ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه قيل له عليه السلام
الحج في كل عام او مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت

وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابى يوسف
رحمه الله وعن ابى حنيفة ما يدل عليه وعند محمد والشافعى على التراخى لانه
وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت فى الصلوة وجه الاول انه يختص
بوقت خاص والموت فى سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا وحكما ولهذا
كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت فى مثله نادر وانما شرط
الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة
الاسلام وايما صبى حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولان العبادة و
العبادات باسرها موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا
صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره
ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابى حنيفة رضى الله عنه خلافا لهما
وقد مر فى كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابى حنيفة انه يجب لانه مستطيع
بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد رحمه الله انه لا يجب لانه غير قادر
على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدى يؤدى بنفسه فاشبه الضال عن
ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى به شق محمل او رأس
زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام سئل عن السبيل اليه
فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكترى عقبة فلا شئ عليه لانهما اذا كانا
يتعاقبان لم يوجد الراحلة فى جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن
وعن ما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة
الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة
حق مستحق للمراة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب
على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زائدة فى الاداء فاشبه
السعى الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل
هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروى عن ابى حنيفة رضى الله عنه
وقيل شرط الاداء دون الوجوب لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد
والراحلة لا غير قال ويعتبر فى المراة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز

ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وقال الشافعى يجوز لها الحج
اذا خرجت فى رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه
السلام لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة
وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها
بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج الى
ما دون السفر بغير المحرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعى
له ان يمنعها لان فى الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر فى حق الفرايض
والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب
عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا
لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبى والمجنون لانه يتأتى منهما الصيانة
والصبية التى بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم
ونفقة المحرم عليها لانها يتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب
او شرط الاداء على حسب اختلافهم فى امن الطريق واذا بلغ الصبى بعد ما احرم
او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل
فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبى الاحرام قبل الوقوف بعرفة ونوى
حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبى غير لازم لعدم
الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج منه بالشروع فى غيره والله اعلم

فصل والمواقيت التى لا يجوز ان يتجاوزها الانسان الا محرما خمسة
لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل
نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه
المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت المنع عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم
عليها بالاتفاق ثم الافاقى اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم
قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد
الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى
فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير

احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج
بين فصار واكاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام
بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم
الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامها ان
يحرم بهما من دويرة اهله كذا قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل
التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع
في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين
المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات
الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل
لانه عليه السلام امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة
وامر اخا عايشة رضي الله عنهما ان يعمرها من التنعيم وهي في الحل ولان
اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر
واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل
لورود الاثر به والله اعلم

باب الاحرام

واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عليه
اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحايض وان لم تقع فرضا
عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى
النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين جديدين
او غسيلين ازارا ورداء لانه عليه السلام اتزر وارتدى عند احرامه
ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك
فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة ومس طيبا ان كان له
وعن محمد رحمه الله يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك
والشافعي رحمهما الله لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه المشهور
حديث عايشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم
لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله
به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روي جابر رضي الله
عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه
قال وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها
في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل
التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها
عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
لبى في دبر صلوته فان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول
افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال
بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك
ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك فقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها
لتكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل عليه
السلام على ما هو المعروف في القصة فلا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات
لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا
للشافعي رحمه الله في رواية الربيع عنه وهو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث
انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابو هريرة
رضي الله عنهم زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية
فلا يمنع من الزيادة عليه واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتأدى
الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج
ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي
رحمه الله لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير
شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو
المشهور عن اصحابنا رضي الله عنهم والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما
ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن
فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه

من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق
ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش
او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حال الاحرام اشد
حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت
الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم
ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب حمار
وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاصحابه
هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولان ازالة الامن
عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين قال ولا يلبس قميصا ولا سراويل
ولا عمامة ولا قلنسوة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من
الكعبين لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء
وقال في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين
والكعب ههنا المفصل الذي في وسط القدمين عند معقد الشراك دون
الناتي فيما روى هشام عن محمد رحمه الله قال ولا يغطي وجهه ولا رأسه
وقال الشافعي رحمه الله يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلام احرام
الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا
وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة
لا تغطي وجهها مع ما ان في التكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة
ما روي الفرق في تغطية الرأس ولا يمس طيبا لقوله عليه السلام الحاج
الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه لقوله
تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الاية ولا يقص لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه
ازالة الشعث وقضاء التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران
ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال
الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي
رحمه الله لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة

ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم ولا بأس
ان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رحمه الله يكره ان يستظل بالفسطاط
وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان
يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت
استار الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه
استظلال ولا بأس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه
نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه
الحالتان ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام
الرأس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوة وكلما علا شرفا او هبط واديا
او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون
في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها
عند الانتقال من حال الى حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلام
افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج اسالة دم الهدايا
فاذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كلما دخل
مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها
او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا عاين البيت كبر وهلل وكان
ابن عمر رضي الله عنهما يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين
في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك
بالمنقول عنه فحسن قال ثم يبتدئ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم دخل المسجد وابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل قال
ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
استلام الحجر قال واستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه
انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة
فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى

المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون
وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه السلام طاف على راحلته واستلم
الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله
تعالى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب
وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه السلام
استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط والاضطباع
ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد
نقل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويجعل طوافه من وراء الحطيم
وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي حطيما لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا
لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عليه السلام في حديث عايشة
رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى
لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم
وحده لا يجزيه الصلوة لان فرضية التوجه بنص الكتاب فلا يتادى
بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال
ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين
كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع اضطباع وكان سببه اظهار
الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعده قال ويمشي في الباقي على
هيئته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم والرمل
من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي صلى الله عليه وسلم فان زاحمه الناس
في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه
السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له ويستلم الحجر كلما مر ان
استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة
بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل
وكبر وهلل على ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية

وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي صلى الله عليه وسلم كان
يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني
استلام الحجر ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد
وهي واجبة عندنا وقال الشافعي رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب
ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب
ثم يعود الى الحجر فاستلمه لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد
الى الحجر فيستلمه والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف
لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي
وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب
وقال مالك رحمه الله انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف
ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين
طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس
على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم ثم يخرج الى الصفا
فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه السلام
ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عليه السلام صعد الصفا
حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة
يقدمان على الدعاء تقربا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء
وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمراء منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود
ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي صلى الله عليه وسلم من باب
بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه
سنة ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين
الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل
كما فعل على الصفا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نزل من الصفا ومشى
نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة
وطاف بينهما سبعة اشواط قال وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدا

بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا
وانما يبدا بالصفا لقوله عليه السلام ابدوا بما بدا الله به ثم السعي بين
الصفا والمروة واجب ليس بركن وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه
السلام ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه
ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا
عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى
ما روى كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية
ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف
بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت صلوة
والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة
في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي
لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا فاذا كان قبل يوم التروية
بيوم خطب الامام خطبة يعلم الناس فيها الخروج الى منى والصلوة بعرفات
والوقوف والافاضة فالحاصل ان في الحج ثلث خطب فاولها ما ذكرنا والثاني
بعرفات يوم عرفة والثالث بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين
بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب في ثلثة ايام متواليات اولها يوم التروية
لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى
الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة
لما روي ان النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس
راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى
عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى
اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء في تركه
الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها
لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام

حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال
تضرع والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا
يضيق على المارة واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر
فيبتدي فيخطب خطبة يعلم الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي
الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة
كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال مالك رحمه الله
يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا
ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب
اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف
رحمه الله يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا
لان النبي عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه
ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لان اوان الشروع في الصلوة فاشبه
الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين
وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى
جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين
ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل
وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا
لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد
الاذان في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رحمه الله لان اشتغاله بالتطوع
او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة
اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى
العصر في وقته عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجمع بينهما المنفرد لان
جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رضي
الله عنه ان المحافظة على الوقت فرض بالنص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به
وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع

للعصر بعد ما تفرقوا فى الموقف لا لما ذكر اذ لا منافاة ثم عند ابى حنيفة
رضى الله عنه الامام شرط فى الصلوتين جميعا وقال زفر رحمه الله فى العصر
خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابى حنيفة
رضى الله عنه ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر
مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام فى حالة الاحرام بالحج قبل الزوال
فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال فى رواية تقديما للاحرام
على وقت الجمع وفى الاخرى يكتفى بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة
ثم يتوجه الامام الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم
من الصلوة لان النبى عليه السلام راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل
يسمى جبل الرحمة والموقف موقف الاعظم قال وعرفات كلها موقف الا
بطن عرنة لقوله عليه السلام عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة
كلها موقف وارتفعوا عن وادى محسر وينبغى للامام ان يقف بعرفة على راحلته
لان النبى عليه السلام وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول
افضل لما بينا وينبغى ان يقف مستقبل القبلة لان النبى عليه السلام وقف
كذلك وقال عليه السلام خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم
الناس المناسك لما روى ان النبى عليه السلام كان يدعو يوم عرفة مادا يديه
كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد
اوردنا تفصيلها فى الكتاب المترجم بعدة الناسك فى عدة من المناسك بتوفيق
الله تعالى قال وينبغى للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا
ويسمعوا وينبغى ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان
الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف
بعرفة ويجتهد فى الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى
بالوضوء جاز كما فى الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه عليه
السلام اجتهد فى الدعاء فى هذا الموقف لامته فاستجيب له الا فى الدماء و
المظالم ويلبى فى موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك رحمه الله يقطع التلبية

كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روى
ان النبى عليه السلام ما زال يلبى حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير
فى الصلوة فيأتى بها الى اخر جزء من الاحرام قال فاذا غربت الشمس افاض الامام
والناس معه على هينتهم حتى يأتوا مزدلفة لان النبى صلى الله عليه وسلم
دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عليه السلام
يمشى على راحلته فى الطريق على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم
يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل له ان يقف فى مقامه
كيلا يكون اخذا فى الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة
الامام لخوف الزحام فلا بأس به لما روى ان عائشة رضى الله عنها بعد افاضة الامام
دعت بشراب فافطرت ثم افاضت واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل
الذى عليه الميقدة يقال له قزح لان النبى عليه السلام وقف عند هذا الجبل
وكذا عمر رضى الله عنه ويتحرز فى النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل
عن يمينه او يساره ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا فى الوقوف بعرفة
ويصلى الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر رحمه الله
باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضى الله عنه ان النبى
صلى الله عليه وسلم جمع بينهما باذان واقامة ولان العشاء فى وقته فلا يفرد
بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة
الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشىء اعاد الاقامة
لوقوع الفصل وكان ينبغى ان يعيد الاذان كما فى الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة
الاقامة لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم
افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابى حنيفة رضى الله عنه
لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته
ومن صلى المغرب فى الطريق وحده لم يجزه عند ابى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما وعليه
اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى
بعرفات لابى يوسف رحمه الله انه اداها فى وقتها فلا يجب اعادتها كما بعد طلوع

الفجر لان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه عليه السلام قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت الصلوة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فتسقط الاعادة قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم صليها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه فرعا لان النبي عليه السلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله واستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله تعالى واذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف وعلة او كانت امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من قبل واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس حتى يأتوا منى قال رحمه الله هكذا وقع في بعض نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح انه اذا اسفر افاض الامام والناس لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع قبل طلوع الشمس قال فيبتدي بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصاة الخذف لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم بحصاة الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار لان لا يتاذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة

كذا روي ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب الرمي ولا يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وروي جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرمي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روي الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنهما لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا يكفيه لان هذا القدر مما لم يمكن الاحتراز عنه ولو رماها فوقعت بعيدا منها لم يجزيه لانه لم يعرف قربه الا في مكان مخصوص ولو رمى سبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصا من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفى في الحلق بربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير ان يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة قال وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك رحمه الله الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس

ولا يحل الجماع فيما دون عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه قضاء الشهوة
فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي
هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحلل ولنا ان ما
يكون محللا يكون جناية في غيره وانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غيره وانه
بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم ياتي مكة من يومه ذلك
او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى
وصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال
فكلوا منها ثم قال وليطوفوا فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر
من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل
هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين
الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه
وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع
الا مرة والرمل ما شرع الا مرة في طواف وبعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا
الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا قال
وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله
في حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المأمور
في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر
ويكره تاخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وسنبينه في باب الجنايات ثم يعود الى منى فيقيم بها لان
النبي عليه السلام رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى
فاذا زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبتدي بالتي
تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي
التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها
هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم

مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى
ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو لحاجته
ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في
دعائه في هذه المواقف لان النبي عليه السلام قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له
الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط العبادة فياتي بالدعاء فيه
وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة
العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد زوال
الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار
الثلث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم
عليه ومن تاخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عليه
السلام صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر
من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال
بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا استحسان وقالا لا يجوز
اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها
ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا
اليوم في حق الترك لان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم
الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية
لانه لا يجوز تركه فيهما فيبقى على الاصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي
فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي رحمه الله اوله بعد نصف الليل لما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام
لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت
بالاول والافضلية بالثاني وتاويل ما روي الليلة الثانية والثالثة ولان
ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم

عند ابي حنيفة رضي الله عنه يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله
عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه
بغروب الشمس وعن ابي يوسف رحمه الله انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه
ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاة وان اخر الى
الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لتاخيره عن وقته كما هو مذهبه قال وان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل
الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا
لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب
الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رحمه الله ويكره ان لا يبيت
بمنى ليالي الرمي لان النبي صلى الله عليه وسلم بات بها وعمر رضي الله عنه كان
يؤدب على ترك المقام ولو بات في غيره متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي
لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب
الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر
رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى
مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه
السلام قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة تقاسم المشركون
فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به ارادة للمشركين
لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم يدخل مكة
وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف
الوداع اخر عهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو واجب عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت
الطواف ورخص للنساء الحيض الا على اهل مكة لانهم يصدرون ولا يودعون
ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا
وياتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم استقى

دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان ياتي الباب
ويقبل العتبة وياتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه
عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه
الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان
تمام الحج والله اعلم

فصل

فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى
عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء
الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه
سنة ولا شيء عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك
الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك
الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك
الحج فهذا بيان اخر الوقت ومالك رحمه الله ان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع
الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال
وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكر بكلمة او فانه قال الحج
عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال
مالك رحمه الله لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه
ما روينا ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف
لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن
الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست
بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا يجوز ولو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المامور عنه
صح بالاجماع حتى اذا افاق واستيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم
بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف على العلم
وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا

امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد
منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان
الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه قال
والمراة في جميع ذلك كالرجل غير انها لا تكشف راسها لانه عورة وتكشف
وجهها لقوله عليه السلام احرام المراة في وجهها ولو استدلت شيئا على وجهها
وجافته عنه جاز هكذا روي عن عايشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال
بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر
العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء عن الحلق
وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجال
وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم
الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا
قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها
يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي
في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار
الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو
من خصايص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة
مزادة او لحاء شجر فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عايشة
رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلايد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان
عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية لا يصير
محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصايص
الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم
حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا
ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج
وضعا لانه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره

قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره
توقف على حقيقة الفعل فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما
لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصايص الحج والاشعار
مكروه عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان
كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة
غير معتاد وليس بسنة ايضا قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي رحمه الله
من الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي
بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي
الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح
من الرواية كالمهدي جزورا والله اعلم

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال
مالك رحمه الله التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران
فيه وللشافعي قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية
والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان
فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى
وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن
العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصد بما روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة
في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا
الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل
الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك المتمتع
فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناء على ان
القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا
قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة
اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين
الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة

على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق الاكثر منها
قايم ومتى عزم على اداءهما يسال التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك
يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدا بافعال العمرة فكذلك يبدا بذكرها وان
اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا باس به لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم
يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلوة فاذا دخل مكة ابتداء فطاف
بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة
وهذا افعال العمرة ثم يبدا بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط
ويسعى بعده كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة
الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية
على احرام الحج وانما يحلق يوم النحر كما يحلق المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي
رحمه الله يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت
العمرة في الحج الى يوم القيامة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه
بتلبية واحدة وبسفر وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف
صُبَيّ بن مَعْبَد طوافين وسعى سَعْيين قال له عمر رضي الله عنه هُديت لسنة
نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد
على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحرم
والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي
التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة تؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة
في وقت الحج قال فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه
لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة وبتقديم طواف التحية
عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك
لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه
اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال
بالطواف واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بدنة او بقرة او سبع بدنة فهذا
دم القران لانه في معنى المتعة والهدى منصوص عليه فيها والهدى من الابل

والبقر والغنم على ما نذكر في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير
وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير
يجوز سبع البقرة فاذا لم تكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج اخرها يوم عرفة
وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج
وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران منه
لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح
ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل على
الهدى فيستحب تاخيره الى اخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة
بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ
يجزيه لتعذر الرجوع ولنا معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب
الرجوع الى اهله وكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم
النحر لم يجزيه الا الدم وقال الشافعي رحمه الله يصوم بعد هذه الايام لانه
صوم موقت فيقضى وقال مالك رحمه الله يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد
فصيام ثلثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا ان النهي المشهور عن الصوم في
هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به ما وجب كاملا ولا
يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت
الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه امر في مثله بذبح الشاة
فلو لم يقدر على الهدى تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدى
فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها فقد صار رافضا
لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة
على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح
من مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه ايضا والفرق له وبين مصلي الظهر يوم الجمعة
اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه وهو متوجه بعد اداء والتوجه في القران
والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا قال وسقط عنه دم القران

لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة
الشروع فيها فاشبه المحصر والله اعلم

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الافراد افضل لان
المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع
جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره
واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها
والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع
الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا وتدخله
اختلافات نبينه ان شاء الله تعالى وصفته ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة
ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير
العمرة وكذلك ان اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل النبي عليه السلام
في عمرة القضاء وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي
وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم الاية نزلت في عمرة القضاء
ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية
اذا ابتدا بالطواف وقال مالك رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة
البيت وتتم به ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية
حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعه عند افتتاحه ولهذا يقطعه
الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا
كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد
فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا
وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى
بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا
المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة
ولا يسعى بعده لانه اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فان لم يجد
صام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان

صام ثلثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلثة لان سبب وجوب هذا
الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه
قبل وجود سببه وان صامها بعد ما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله له قوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد
انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا والافضل تاخيرها
الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي
احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع
نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل
لحديث عايشة رضي الله عنها على ما رويناه والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا
في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد
الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق
الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه عليه السلام احرم بذي الحليفة وهداياه
تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها
قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند ابي حنيفة رضي
الله عنه ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها
بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر
لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي الجانب اليمين
اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنيع مكروه عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وعندهما حسن وقال الشافعي سنة لانه مروي عن النبي عليه السلام
وعن الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء
او كلاء او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون
سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة انه مثلة
وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبي صلى الله عليه
وسلم لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا
حنيفة كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل

انما كره ايثاره على التقليد قال فاذا دخل مكة طاف وسعى لما بينا
في متمتع لا يسوق الهدى الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله
عليه السلام لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها
عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدى ويحرم بالحج يوم التروية
كما يحرم اهل مكة على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من
الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية
في حق من ساق الهدى وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم المتمتع على ما بينا
واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام
في الصلوة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد
خاصة خلافا للشافعي رحمه الله والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله
حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا
في حق الافاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة
ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته
ميقاتيتان فصار بمنزلة الافاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة
ولم يكن ساق الهدى بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا
وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين واذا ساق الهدى فالمامه
لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على
نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج
الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدى حيث لم يكن متمتعا لان العود هنالك
غير مستحق عليه فصح المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فطاف لها
اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان
الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها
وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل وان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط
فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج

وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر
الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق
باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال
وذو القعدة وعشر من ذي الحجة هكذا روي عن العبادلة الثلثة وعبد الله بن
الزبير رضي الله عنهم ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق
الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض
الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا
للشافعي رحمه الله فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده وهو شرط عندنا
فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام يحرم به اشياء ويجب به
اشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان واذا قدم الكوفي
بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه
ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما
الثاني فقد قيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يكون
متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان
ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قايمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان
فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ
البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق
على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من
عامه ذلك يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر
الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر
في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول
قد انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه
فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال
وسقط عنه دم المتعة لانه لم يترفق باداء النسكين صحيحين في سفرة واحدة

واذا تمتعت المراة فضحت بشاة لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المراة عند الوقوف اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج الا انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عايشه رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا واذا حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شئ عليها لترك طواف الصدر لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة رضي الله عنه ويرويه البعض عن محمد رحمه الله لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد رحمه الله يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدى ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روى عن ابي يوسف رحمه الله فان خضب راسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحناء طيب وان كان ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب راسه بالوسمة لا شئ عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رحمه الله اذا خضب راسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل راسه ولحيته واقتصر على ذكر الراس في الجامع الصغير دل على كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه

صدقة وقال الشافعي رحمه الله ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شئ عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رحمه الله انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل الشعث فيتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت واما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه لا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب وطيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدرناه باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه الجناية فيجب الصدقة غير ان ابا يوسف رحمه الله اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القبا ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر رحمه الله لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الراس من حيث الوقت ما بينا ولا خلاف انه اذا غطى جميع راسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض راسه فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض مقصود يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رحمه الله يعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع راسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رحمه الله يجب بحلق

القليل اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد
فيتكامل به الجناية ويتقاصر فيما دونه بخلاف تطيب ربع العضو لانه غير
مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان حلق الرقبة
كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما فعليه
دم لان كلا منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة
ذكر في الابطين الحلق لابطين وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله اذا حلق عضوا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فطعام اراد به
الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل بحلق
كله ويتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ من شاربه طعام حكومة عدل معناه ان
ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك
حتى لو كان مثلا مثل الربع يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب يدل
على انه هو السنة ان يقص الشارب حتى يوازي الاطار وان حلق موضع المحاجم فعليه
دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه صدقة لانها انما يحلق لاجل الحجامة
وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء
من التفث فيجب الصدقة ولابي حنيفة رحمه الله ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل
الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق
رأس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم وقال الشافعي
رحمه الله لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج
المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ فيه منه وعندنا بسبب
النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة
والزينة فيلزم الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الافة هناك سماوية
وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال
من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب
في حق المحلوق رأسه واما الحالق فيلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال
الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال

هو السنة فيه دون الحلق

له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة
ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات
الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان
كان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا
ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتاذى بتفث غيره وان كان اقل من التاذي
بتفث نفسه فيلزمه الطعام فان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه
من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو عن البدن فاذا قلمها كلها
فهو ارتفاق كامل فيلزم الدم ولا يزداد على دم ان حصل في مجلس واحد لان
الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لان مبناها
على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع جناية الاولى
بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف رحمه الله يجب اربعة دماء ان قلم
في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد
المجلس كما في اية السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل
كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه يجب بكل ظفر
صدقة وقال زفر رحمه الله يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
الاول لان في اظافير اليد الواحدة الدم والثلثة اكثرها وجه المذكور في الكتاب
ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام
مقام كلها لانه مؤدي الى ما يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه و
رجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الرأس عن مواضع متفرقة
ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتاذى ويشينه
ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة
ويجب بقلم كل ظفر مسكين وكذا لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك
دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء واذا انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شيء
عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او لبس

جهة العبادة لا ذمة فيه واشتراط النية انما
جهة العقوبة غير لازمة فيه لما ان جهة العقوبة
متغيرة على وصف العبادة وصفة العقوبة غير
لازمة فيه لانه كما يجب على العاصي يجب على
الناسي ايضا

او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة
مساكين ثلثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية
من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وفسرها رسول الله عليه
السلام بما ذكرنا والاية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء
لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا لما بينا واما النسك فيختص
بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم
لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه
التغدية والتعشية عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين وعند
محمد رحمه الله لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور

فصل

فان نظر الى فرج امرأته بشهوة فامنى لا شئ عليه لان المحرم هو الجماع ولم
يوجد فصار كما اذا تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع
الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره
في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رحمه الله انه
يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل واعتبر بالصوم ولنا ان فساد الحج
يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بساير المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا
يتعلق به با الجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور
في الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة فلا
يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف
بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل
فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج
قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة
من الصحابة رضوان الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله يجب بدنة اعتبارا بما لو
جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب عليه
فلا يجب لا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفي بالشاة بخلاف
ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رحمه الله

انه في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطئ فكان عنه روايتان
وليس عليه ان يفارق امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك رحمه الله
اذا خرجا من بيتهما ولزفر رحمه الله اذا احرما وللشافعي رحمه الله اذا انتهيا
الى المكان الذي جامعها فيه له انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة
فيفترقان ولنا ان الجامع بينهما هو النكاح والنكاح قايم فلا معنى للافتراق
قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة
الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن
جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رحمه الله
فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه
وانما يجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاقات
فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء
دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفي بالشاة ومن جامع في العمرة
قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة
وان جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال
الشافعي رحمه الله تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج
ولنا انه سنة فكانت احط رتبة منه فيجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت
ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي رحمه الله جماع الناسي غير مفسد
للحج وكذا الخلاف في الجماع النايمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض
فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا
مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات
الاحرام مذكرة بمنزلة حالة الصلوة بخلاف الصوم

فصل

ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به
لقوله عليه السلام الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق فيكون الطهارة
من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم يكن
فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر

يوجب العمل فيثبت به الوجوب واذا شرع في هذا الطواف وهو سنة فيصير واجبا
بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن
الواجب بايجاب الله وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو
طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان
افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا
للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره محدثا او جنبا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل
ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح
انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحسانا وفي الجناية ايجابا لفحش النقصان بسبب
الجناية وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان
اعاد بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا تبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد
طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعادة في وقته وان اعاده بعد ايام النحر
لزمه الدم عند ابي حنيفة رضي الله عنه بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى
اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له
ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان
الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان
بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف
طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل
منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه
صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب شاة الا ان الاول اصح ولو طاف جنبا فعليه
شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من
طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل
يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان
لا يعود ويبعث بشاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها

لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة
اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر
بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه
الصدقة ومن طاف الطواف الواجب في جوف الحجر يعني الحطيم فان كان بمكة اعاده لان
الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا والطواف في جوف الحجر ان يدور حول
الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل
نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع
وان اعاده على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه
خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا
يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان
في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا يجزيه الصدقة ومن طاف طواف
الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم
وان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة
لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب
فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة ولانه
مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر
فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتاخير الآخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة
طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى
على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن
النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما فلا شيء
عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة
فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه
في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد
السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان

السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد قال ومن افاض
قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لان
الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى
غروب الشمس واجب لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه
الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان الاستدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا
فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك
لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل غروب الشمس ومن ترك الوقوف
بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم
لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما هو
يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية
فالاعادة ممكنة فيرميها على التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رضي
الله عنه خلافا لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي
احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان
المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود
ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لان كل وظيفة هذا
اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثة
تصدق ولكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك
هو الاقل فيكتفي بالصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة
رحمه الله وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف
في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي
والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات يستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء
شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال من قدم نسكا على نسك فعليه
الدم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام
فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير
الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة

ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في
الجامع الصغير قول ابي يوسف رحمه الله في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل
هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه
على الاختلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عليه السلام واصحابه
رضوان الله عليهم احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما
جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من واجباتها وان كان محللا
واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا
فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتوقت بهما وعند محمد رحمه الله يتوقت بالمكان
دون الزمان وعند زفر رحمه الله يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف
في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير
والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان الاصل العمرة لا يتوقت به
بخلاف المكان لانه موقت به قال فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه
في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه
وان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله دم بالحلق
في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب
عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير عليه شيء على ما قلنا والله اعلم

فصل اعلم ان الصيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال
لقوله تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم الآية وصيد البر ما يكون
توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو
الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم
الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والعقرب
عنها فانها مبتديات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي
يوسف رحمه الله واذا قتل المحرم الصيد او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما
الجزاء بالقتل فلقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا

فجزاء مثل ما قتل الاية نص على الايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف
الشافعي رحمه هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة
الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة رضي الله عنه وقال عطاء رضي
الله عنه اجمع الناس على ان على الدال الجزاء لان الدلالة من محظورات الاحرام
فانه تفويت الامن من الصيد اذ هو امن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف
ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع
بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف
وزفر رحمهما الله والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان
الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب
ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد
والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي
والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع اليه اذا كان
اذا كان في بر يقومه ذوا عدل ثم هو مخير بالفداء ان شاء ابتاع بها هديا و
ذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف
صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي
رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة
وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة
لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة
لان القيمة لا يكون نعما والصحابة رضوان الله عليهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة
والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بيناه قال صلى الله عليه
وسلم الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله يجب القيمة
مثل العصفور والحمام وما اشبههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما
والشافعي رحمه الله يوجب في الحمام شاة فيثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد
منهما يعُبُّ ويَهْدِرُ ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان المثل المطلق هو

المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا
في الشرع كما في حقوق العباد ولكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي
ضده التخصيص والمراد بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي
واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي هكذا قاله ابو عبيدة والاصمعي رحمهما الله
والمراد بما روي التقدير دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله
هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي
رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا
وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قاله ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين
ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ذكر
الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر
الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطفت على الجزاء
لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا في قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن
فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد
ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف
الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه
مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد
من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي لا يذبح
الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي
رحمه الله هو يعتبر بالهدي والجامع التوسع على سكان الحرم ونحن نقول الهدي
قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل
زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح
بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام
لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يُهْدِي ما يجزيه في
الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله

يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين اوجبوا عناقا
وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجوز الصغار على وجه الاطعام
يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا
لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل
مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم كل مسكين
اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع
وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او
صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام
فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية
فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء صام عنه يوما كاملا
وان شاء تصدق بها لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان
الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا
ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض
بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوايم صيد فخرج من حيز
الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم
جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي رضي الله عنه وابن
عباس رضي الله عنهما ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة
الصيد احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا
وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حيوة الفرخ غير
معلومة وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل
اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا
ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحداة والذئب والحية
والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس من الفواسق
يقتلن بلا جزاء في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور
وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب او يقال

ان الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط لانه يبتدي
بالاذى اما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدي بالاذى وعن ابي
حنيفة رحمه الله ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمتوحش منهما
سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء
والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى وليس
في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست
بمتولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها والمراد النمل السوداء او الصفراء الذي
يؤذي وما لا يؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة
تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن
وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا شيئا
يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء
لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ
وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه
في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات فيمكن
اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن حلب لبن صيد فعليه
قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد
كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه النبي عليه السلام وهو ما عددناه
وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق
المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد
لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس
على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا
والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر رحمه الله يجب بالغة ما بلغت
اعتبارا بمأكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار
قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذي ومن هذا الوجه لا يزداد على
قيمة الشاة ظاهرا وان صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر رحمه الله

يجب عليه اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل
سبعًا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن
دفع الاذى ولهذا كان مأذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق الخمس
فلان يكون مأذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب
الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن له من صاحب الحق وهو العبد
وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة
بالنص على ما تلونا من قبل ولا بأس للمحرم ان يذبح الشاة والبقر والبعير والدجاج
والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط
الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا
فعليه الجزاء خلافا لمالك رحمه الله لانه الوف مستأنس ولا يمتنع بجناحه لبطوء
نهوضه ونحن نقول الحمام مستوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء
النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا لانه صيد
في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على
المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي رحمه الله
يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل
مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو
هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم
الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه
جزاء ما اكل وان اكل منه محرم اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما انه ميتة
فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار هذا كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة
رحمه الله ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه
هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصار حرمة
التناول بهذه الوسائط مضافة الى احرامه بخلاف محرم اخر لان تناوله ليس
من محظورات احرامه ولا بأس بان يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه
اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده

لاجل المحرم له قوله عليه السلام لا بأس بان يأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده
او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين تذاكروا لحم الصيد
في حق المحرم فقال عليه السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان
يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه بان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا
تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث ابي قتادة
وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق بها على الفقراء
لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم وقال عليه السلام في حديث فيه طول ولا
ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليس بكفارة فاشبه ضمان الاموال
وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة
جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء للافعال
لا ضمان المحل وقال زفر رحمه الله يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق
قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي فيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله
فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد
لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم او صار هو
من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قايما لان البيع
لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فايتا فعليه الجزاء لانه تعرض
للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او حلال لما
قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي
رحمه الله عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان
في يده ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن
ولم ينقل اذا ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب
ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه في
ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه ولا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان
القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب حلال صيدا ثم احرم
فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمن لان المرسل

آمرٌ بالمعروف وناهٍ عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه ملك
الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل
فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حال الاحرام لانه لا يملكه والواجب عليه ترك
التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره
الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب محرم صيدا فارسله من يده فلا ضمان عليه
بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم
لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله
محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد بتفويت
الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق
قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الاخذ على القاتل وقال زفر رحمه الله لا يرجع لان الاخذ
مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان عند
اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة
فيحال بالضمان عليه فان قطع حشيش الحرم او شجرة الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته
الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام
الا لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان
حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق
بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع
لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز
البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته
الناس عادة عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة
اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان
التحق بما انبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا
للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم
لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف
رحمه الله لا باس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا

والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف
الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه بخلاف الكماة
لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما
فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على انه محرم
باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يجاوز الميقات
غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر رحمه الله لما ان المستحق عليه
عند الميقات احرام واحد وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك
محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير
جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل
صيد الحرم واحد فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد
باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما
كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد
بتفويت الامن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا
فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا
للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مامنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فاذا
ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم يبق آمنة لان
وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات
عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة فطاف
لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان رجع اليه محرما فليس
عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته
لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا
انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف
الافاضة لانه لم يتدارك المتروك في اوانه على ما مر غير ان التدارك عندهما
بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما

ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات
وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا فعلى هذا
الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما
ابتدا بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل
الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان
دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو صاحب
المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا
دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد
بقوله وقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل وكذلك
وقت الداخل الملتحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد
به البستاني والداخل لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم
خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزاه من دخول مكة بغير احرام
وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار
كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم
هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما
اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في
الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام
الثاني ومن جاوز الميقات فاحرم بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام
يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم بترك الوقت وعلى قياس
زفر رحمه الله لا يسقط عنه الدم وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز
الميقات بغير احرام وفيمن جاوز الميقات بغير احرام فاحرم بالحج ثم افسد حجته
هو يعتبر المجاوزة من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه
في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق واذا
خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة
لان وقته الحرم وقد جاوز بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب

فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم يخرج
من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال
العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره
فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف
الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رحمه الله اذا احرم المكي بعمرة فطاف لها شوطا ثم احرم بالحج
فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله رفض العمرة احب الينا وقضاها وعليه دم لانه لا بد من رفض
احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى
حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج
ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم
بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ
منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان
احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتاكد ورفض غير
المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع
عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه يحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه
فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاؤها لا غير وفي رفض الحج
قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج فان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما
كما التزمهما غير انه منهي عنه لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم
لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي
دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى
فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته
الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يقصر فلا
شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج واحرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان
نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم

بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في
الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا
يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير
عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير واحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل
الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر
وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزمتاه لان الجمع بينهما مشروع في حق
الافاقي والمسلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطا السنة فيصير مسيئا
ولو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه
اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها ما لم يكن رافضا حتى
وقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه
دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا
الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم
يات بما هو كذلك يمكنه ان ياتي افعال العمرة على افعال الحج فلهذا لو مضى عليهما
جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر وهو الصحيح لانه ياتي بافعال
العمرة على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد
بشيء من افعاله بخلاف ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة
الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق
لزمته لما قلناه ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا
افعال العمرة على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على
ما نذكره فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم وعمرته مكانها لما بينا فان
مضى عليها اجزاه لان الكراهية لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام
باداء بقية اعمال الحج ويجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما
اما في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق
للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكرنا في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن
المنهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم احرم بعمرة

او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب
احرامه احرام العمرة على ما ياتيك في باب الفوات ان شاء الله فيصير جامعا بين
العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين وان احرم بحجة
يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها
لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه والله اعلم بالصواب

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه
من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الاحصار الا بالعدو
ولان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة بالاحلال يحصل من العدو
لا من المرض ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع اهل
اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع
الحرج الاتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم
واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من يبعثه بيوم بعينه
يذبح فيه ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف
قربة الا في زمان او في مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه
الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم
لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقف به لانه شرع رخصة والتوقيت
يبطل التخفيف ولنا ان المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان
المنصوص عليه الهدي وادناه الشاة وتجزية البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس
المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى
يشترى الشاة هناك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق
او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليه
ذلك ولو لم يفعل ذلك لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان
محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج
فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عليه السلام واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم
على الانصراف وان كان قارنا بعث بدنين لاحتياجه الى التحلل عن الاحرامين

فان بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد
منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في
الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الذبح للمحصر
بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدى المتعة والقران
وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رضي الله عنه انه دم
كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات
بخلاف دم المتعة والقران ولانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان
معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة
هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع
فيه والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء فالاحصار عنها
يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا يتوقت ولنا ان النبي عليه
السلام واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج
وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما
في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان واما الحج واحديهما فلما بينا والثانية لانه
خرج منها بعد صحة الشروع فيها فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه
في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الهدى والحج لا يلزمه ان يتوجه
بل يصبر حتى يحل بنحر الهدى لفوات المقصود وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل
بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدى لزمه التوجه
لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه صنع به ما شاء
لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك الهدى دون الحج
يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدى جاز له التحلل استحسانا
وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما
يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدى وانما يستقيم على قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر
وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول

المقصود بالبدل وهو الهدى ووجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع
ماله لان المبعوث على يديه الهدى يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال
كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا اذا خاف على ماله لانه
ينبغي ان يضمن المبعوث على يديه بالذبح لفوات مقصود المحصر ولا وجه لايجاب
الضمان عليه وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه
فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه
اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن
عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه
تعذر عليه الاتمام فصار كما احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر
اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على
الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله والصحيح ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما
ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي
من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام ومن فاته العرفة بليل فقد فاته الحج
فليحل بالعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان
الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في
الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فيتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع
بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما
والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي
يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة انها كانت تكره العمرة في هذه
الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله
والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما
بها فيها لان الكراهة لغيرها وهي تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع

والعمرة سنة وقال الشافعي رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة
فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها
غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية
وتاويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج ويثبت الفريضة مع التعارض في
الاثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع والله اعلم

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل
ثواب عمله لغيره صلوة اوصوما اوصدقة اوغيرها عند اهل السنة والجماعة
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه
والاخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية
احدى الشاتين لامته والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة
كالصلوة ومركبة عنهما كالحج والنيابة تجزي في النوع الاول في حالتي الاختيار
والضرورة لحصول المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به وتجزي في النوع
الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهي المشقة بتنقيص المال ولا تجزي عند القدرة
لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدايم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر
وفي حج النفل يجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب
ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث
الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد رحمه الله
ان الحج يقع عن الحاج وللامر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز
اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان بان يحج
عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما وهي عن الحاج ويضمن النفقة لان
الحج يقع عن الامر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان
يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع
عن المامور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه
فانه له ان يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما اولهما فيبقى على
خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهنا يفعل بحكم الامر وقد خالف امرهما فيقع

يفعل النائب ولا يجزي في النوع الثاني بحال لان المقصود

عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الامر الى حج نفسه
وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا
لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله وهو
القياس لانه مامور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم
يعين حجة اوعمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وهنا
المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا
بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى
الافعال على الابهام لان المودى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا قال فان امره غيره
بان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين
النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة
تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله ان الحج يقع عن المامور وكذلك ان امره واحد
بان يحج عنه والاخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم
الاحصار على الامر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه
فيكون الدم عليه ولهما ان الامر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه
فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف
ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل هو من جميع المال
لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني
عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح
هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره
اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الامر
وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك دماء ساير الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى
بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات اوسرقت نفقته وقد انفق
النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج

اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله اما عند محمد رحمه الله يحج عنه بما بقي
من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي
اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الاول
لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة رحمه الله ان قسمة الوصي وعزله المال
لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض ولم يوجد
التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي
واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو القياس ان القدر الموجود من
السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن ادم انقطع عمله
الا الثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه
كان لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى
ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية وقال عليه السلام من مات في طريق
الحج كتبت له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك
المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبنى على ذلك المامور بالحج قال
ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه
فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله
ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما قررنا من قبل والله اعلم

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل
عن الهدي فقال ادناه شاة قال وهو من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عليه
السلام لما جعل الشاة ادناه لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي
ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز
في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان
بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا
ومن جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق
ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل
منها بمنزلة الاضاحي وقد صح ان النبي عليه السلام اكل من لحم هديه وحسا

من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه
الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد
صح ان النبي عليه السلام لما احصر بالحديبية وبعث بالهدايا على يدي ناجية الاسلمي
قال له لا تاكل انت ولا رفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة
والقران الا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع
قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات
باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها
في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر
اما دم المتعة والقران لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا
تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر
كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده
ولنا ان هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان
كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران
لانه دم نسك ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد
هديا بالغ الكعبة فصار ذلك اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما
يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها
منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لان الصدقة
قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي
ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف
بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر فعسى ان لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف
به ولانه نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها
قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببه الجناية فيليق به الستر قال والافضل في البدن
النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور
وقال الله تعالى ان تذبحوا بقرة وقال وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح

وقد صح ان النبي عليه السلام نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر
الابل في الهدايا قياما او اضجعها واى ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها
قياما لما روى انه عليه السلام نحر الهدايا قياما واصحابه رضي الله عنهم كانوا
ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة
الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان
يتولى ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روى ان النبي عليه السلام ساق
مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا ولانه قربة
والتولى في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدى
لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطى اجر
الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا
تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة واضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك
لم يركبها لانه جعلها خالصا لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها
الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبه لما روى عن النبي عليه السلام
انه راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا
ولو ركبها فانتقص ركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن لم
يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء
البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا
منه يحلبها ويتصدق كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله
او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه
غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان واجبا فعليه ان يقيم
غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كثير يقيم غيره مقامه
لان المعيب بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه
لانه التحق بساير املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها
وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم ياكل هو ولا غيره من الاغنياء
بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الاسلمي والمراد بالنعل قلادتها

النجف الزيارة

وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدى فياكل منه الفقراء دون الاغنياء
ولان الاذن يتناوله معلق بشرط بلوغ محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك
اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه
نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع
بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كساير املاكه ويقلد هدى
التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق
به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجنايات والستر اليق
بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدى ومراده البدنة لانه
لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما
تقدم **مسائل متفرقة** اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم
وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية
وهذا لانها عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه
الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم
لان المقصود منها نفي حجتهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه
بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة
حرجا بينا فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية
لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر
له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة
ويقول قد تم حج الناس انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا
عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم
لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة
ولم يرم الاولى وحدها فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب
المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما
ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما
اذا سعى قبل الطواف وبداء بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة

بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه
تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به
البدنة قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف
الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهو اشارة الى الوجوب وهو
الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر
بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوف ثم
قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد
ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة
وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب
ومن باع جارية محرمة وقد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها
وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه
كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قايم مقام البايع وقد كان
للبايع ان يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبايع لما فيه من خلف الوعد
وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبايع ان يفسخه
اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري فان كان له ان يحللها لا يتمكن
من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رحمه الله يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها
وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر
او بقلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن
تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول

بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد
جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي
وبالاخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل
بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد
بلفظة النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي رحمه الله

لا ينعقد الا بلفظة النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا
عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك
والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة
وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح
لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانها ليست بسبب
لملك المتعة ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة
الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين
الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا
او غير عدول او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط
في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك
رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها
لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية
بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على
المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله وسنقرره في الشهادات ولا العدالة حتى ينعقد بحضور
الفاسقين خلافا للشافعي له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل
الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم
يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه يصلح
مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون
من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته
كما في العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين
جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر رحمهما الله
لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما
لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات
الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط

في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان
العقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته
الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان
الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج
شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب
مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب بنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت
حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله
تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او
ثبتت حرمتهن بالاجماع قال ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت
للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن
منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات
وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال ولا بام امرأته دخل بابنتها
او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي
دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في غير حجره لان ذكر
الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي
الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم
ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم
وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة
ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان
تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا
يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره
من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة

لعدم الجمع ويطأ المنكوحة

لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة الا اذا حرم الموطوءة على
نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة
لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين
ولا يدرى ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر
فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية
للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح
لجهالة المستحقة قال ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او
ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها وعلى خالتها وعلى ابنة اخيها
وعلى ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين
لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة
الرحم والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب
الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها
من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ابنة الزوج
لو قدرتها ذكرا لم يجز له ان يتزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا
جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب قال ومن زنى بامرأة حرمت
عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها
نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطئ سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف
الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذا على العكس
والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطئ محرم
من حيث انه سبب الجزئية لا من حيث انه زنا ومن مسته امرأة بشهوة حرمت امها
وابنتها وقال الشافعي لا يحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى
فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان النظر والمس ليسا في معنى الدخول ولهذا
لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا
ان النظر والمس سبب داع الى الوطئ فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم

المس بشهوة ان تنتشر الآلة وتزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج
الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة
والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطىء وعلى هذا
اتيان المراة في الدبر قال ومن طلق امراته طلاقا باينا او رجعيا لم يتزوج باختها
حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق باين او ثلاث
يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة
يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قايم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش
والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد ولا يحد على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة
كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق
ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح
ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع
وقوع الثمرة على الشركة قال ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب اي العفايف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما
نبين من بعد ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا
بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبايحهم ولا الوثنيات لقوله
تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج الصابيات اذا كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب
ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على
اشتباه مذهبهم وكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم قال ويجوز
للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حال الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج
الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح
ولنا ما روي انه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطىء
ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر ان
يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض
الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه

وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر
لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج
امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة
على الشافعي رحمه الله في تجويز ذلك للعبد وعلى مالك رحمه الله في تجويزه
برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء
الله تعالى فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز
تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة لانها من المحللات
في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق
باين او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجوز عندهما لان هذا ليس
بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي
حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع
احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان يتزوج
اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة
عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده
والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار
ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله يجوز لانه في حق
النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف للنعم
فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى
الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف
الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال فان تزوج حبلى من زنا
جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها وهو عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح
باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم
لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة

الوطئ كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء
ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب
وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت
نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح يحصل الجمع بين الفراشين الا
انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل
قال ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها
لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه
واذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب ان يطاها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل
بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ
فلا يؤمر بالاستبراء لا وجوبا ولا استحسانا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل
وكذا اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطاها قبل ان يستبرئها عندهما
وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا قال
ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال
مالك رحمه الله جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ
باجماع الصحابة رضي الله عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر
الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة
ايام وقال زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى
بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت
او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امراتين
في عقدة واحدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل له نكاحها وبطل نكاح
الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل
بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثلها وهي مسئلة الاصل قال
ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها فاقامت بينة فجعلها القاضي امراته ولم يكن

تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف رحمهما الله اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان
يطاها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطا الحجة اذ الشهود كذبة
فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود صدقة
عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان
الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم
النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب
تزاحما فلا امكان

باب في الاولياء والاكفاء

قال وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضاها وان لم يعقد عليها ولي
بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رحمه الله ينعقد موقوفا
وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح
يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة
الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة
مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب
الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفوء
وغير الكفوء لكن للولي الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يدفع ويروى رجوع محمد الى
قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله
له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا
يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها
ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب
فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض صداقها برضاها
دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال واذا استاذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن
لقوله عليه السلام البكر تستامر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان

جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك
ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة
وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت
لم يكن ردا قال وان فعل هذا غير الولي يعني اذا استأمر او ولي غيره اولى منه
لم يكن رضا حتى يتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع
دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في غير
الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في
الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه
ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر
فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان
فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان
رسولا لا يشترط اجماعا وله نظاير ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول
لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحيا بالممارسة
فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او جراحة او حيضة او تعنيس
فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة
والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها
ثيب حقيقة لان مصيبها عايد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة
رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها
كيلا يتعطل مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع
اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى
بسكوتها واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها
وقال زفر القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار
اذا ادعى الرد بعد ما مضى المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع
والمراة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة

الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها
ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسياتيك
في الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي
بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب
والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان
الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب
ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق
للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق
الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي
ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته
ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في
النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما
فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه
يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت
ولاية الالزام وجه قول الشافعي رحمه الله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب
لحدوث الراي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق
الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الراي بدون الشهوة فيدار الحكم على
الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات
من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث
والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير فلا خيار لهما
بعد البلوغ لانهما كاملا الراي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا
باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار
اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما

ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل
الى المقاصد عسى والتدارك بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب
والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأى في احدهما
ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق
لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل
الزاما في حق الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلى وهو زيادة
الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم
عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضاء وان لم تعلم
بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن
من التصرف الا به والولى ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها
تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة
لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل
بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام مالم يقل رضيت او يجئ منه ما يعلم انه
رضاء فكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا بهذه الحالة بحالة
ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس ولا يبطل بالقيام
في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل
بالرضاء غير ان سكوت البكر رضاء بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى
وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس
بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذلك بخيار العتق لما بينا بخلاف
المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك الطلاق فان مات احدهما قبل
البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد
صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد
الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمه موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ
فيتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم
فالولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى

هولاء ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على
المؤمنين سبيلا ولهذا لا يقبل شهادتهم عليه ولا يتوارثان واما الكافر فيثبت
له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض
ولهذا تقبل شهادته عليه ويجرى بينهما التوارث قال ولغير العصبات من
الاقارب ولاية التزويج عند ابى حنيفة رضى الله عنه معناه عند عدم العصبات
وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابى
حنيفة رحمه الله وقول ابى يوسف رحمه الله في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد
لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبته غير الكفو اليها
والى العصبات الصيانة ولابى حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق
بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولى له يعنى العصبة
من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذى اعتقها جاز لانه اخر العصبات واذا
عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولى
من لا ولى له واذا غاب الولى الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان
يزوج وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ولاية الاقرب قايمة لانها تثبت حقا له
صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد
مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع
برايه ففوضنا الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو
زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير
وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة
المنقطعة ان يكون في بلد لا يصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار
القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين
وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر
في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولى في نكاحها
ابنها في قول ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر
شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية

عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تابى ان يكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من غير كفوء فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن كان له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوء لمن كان له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد ولابي يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوء لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال ويعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمراة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا يعتبر لانه من امور الاخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به ويعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوء لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا

تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنا فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنا ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح ولا يعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة رضي الله عنه في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان تفحش كالحائك والحجام والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الاخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت المراة ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة رحمه الله ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به قال واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امته فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند

ابي حنيفة رحمه الله ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما
هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة

بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رحمه الله
لا يجوز واذا اذنت المراة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين
جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان
يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه
لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في
الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت
الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشرطين فلا يحتاج الى القبول
قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان
رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا
فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال
الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي
لا يقدر على اثبات الحكم فيلغوا ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى
محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد
يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد زوجت فلانة فبلغها فاجازت
فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك
ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا
ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما
خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع
هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع
والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة
الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع
بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين

الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم
فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه
واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير
عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان
يزوجه امراة فزوجه امة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ
وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف
وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر
في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل واحد لا يعجز
عن التزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفوء

باب المهر

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة
فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة
النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله
واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه
حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة ولانه حق
الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا
بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل
لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد
صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما
دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد رضيت بالتمليك بغير عوض تكرما
ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند الثلاثة
وعنده يجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى
ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت
ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه وان
طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى فان طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن الاية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك

بمطلق الزوج

على نفسه باختياره وفيه عود المعقود اليها سالما فكان المرجع فيه النص
وشرط فضل ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى
قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها
ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم
على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن
من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها
في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة
لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى
الامر وفيه خلاف مالك رحمه الله والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع
وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عايشة وابن عباس رضي الله عنهم وقوله
من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها
مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم
ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي
لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي
يوسف رحمه الله الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف
بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف
فكذا ما نزل منزلته بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف قال وان
زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره في زيادة
الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول
وعلى قول ابي يوسف رحمه الله اولا تتنصف مع الاصل لان التنصف عندهما يختص
بالمفروض عند العقد بعده كالمفروض في العقد على ما مر وان حطت عنه من مهرها
صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته
وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه الله لها
نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتاكد المهر بدونه

ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك في وسعها فيتاكد حقها في البدل
اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صايما في رمضان او محرما بحج فرض او
نفل او بعمرة او كانت حايضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها لها نصف المهر
لان هذه الاشياء موانع واما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر
وقيل مرضه يعري عن نوع تكسر وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما
يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء
والحيض مانع طبعا وشرعا فان كان احدهما صايما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح
الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء
والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها
كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين
لان الحكم ادير على سلامة الآلة فلابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم
في حق السحق وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا
استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال حق
الغير بخلاف المهر لانه ما لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع
ان كان شرعيا يجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر
لا يجب لانعدام التمكن حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة
وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب
لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان
في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة
لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لا سقط مهر المثل ووجبت
المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه
فلا يجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا يلحقه الغرامة به فكان
من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه الرجل بنته او اخته ليكون
احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جايزان وقال الشافعي رحمه الله بطل

العقد لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك
في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب
مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق واذا تزوج حر
امراة على خدمته سنة او على تعليم القران فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله لها
قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته
سنة وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القران والخدمة في الوجهين لان ما يصلح
اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعارضة فصار كما
اذا تزوجها على خدمة حر اخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو
الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء
بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز
استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر اخر برضاه
لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها
باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا
مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله يجب قيمة الخدمة لان المسمى
مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال
ولا يستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد
لضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو
مهر المثل قال فان تزوجها على الف وقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول
بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا
او شيئا اخر في الذمة لعدم تعينها فان لم يقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها
بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ
عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق

قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر فلا يبالي باختلاف السبب عند
حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره
او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض
بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله ان
مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب
الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا يرى ان الزيادة
فيه لا يلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي
فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها
على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها
بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب
رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق
سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء
اخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه
وصل اليه ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان
المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة قد تحملت في النكاح فاذا عين يصير
كان التسمية وقعت عليه واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على
ان لا يتزوج عليها فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به
وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته
ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف
ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف
وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان
ان اخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص
ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم

فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله تعالى
ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما
فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل
الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل
لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متعين فصار كالخلع و
الاعتاق على مال ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول
عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه
لاموجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمراة رضيت
بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق
قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه
بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه
والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رحمه الله معنى
هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان تزوجها على فرس او حمار
اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا يجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال
الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا
في البيع لا يصلح مسمى في النكاح لان كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة
مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية و
الاقادير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك
عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف
جهالة الجنس لانه لا وسط له لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه
على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط
لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير
بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب
ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى جنسا

بان قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف
الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا
او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف
منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا قال وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح
جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو
الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم يصح التسمية لما ان
المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امراة على هذا الدن
من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل
وزنها خلا فان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها
مالا وعجز عن تسليمه فيجب عليه قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما
اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمه الله يقول اجتمعت الاشارة
والتسمية فيعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج
على خمر او حر ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق
العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه
وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع
له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات
الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس
وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المقاصد فان تزوجها
على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل
وقال ابو يوسف رحمه الله لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة
العبدين وعجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله لها العبد وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة

العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده واذا كان احدهما عبدا
يجب للعبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد
قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب
باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن
فلا تقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عند نا خلافا
لزفر وهو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية
فان زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم يجب
الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه
فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط
وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من اخر الوطيات
هو الصحيح لانها يجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها
لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر
مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد
ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال ومهر المثل يعتبر باخواتها وعماتها وبنات
عمها لقول ابن مسعود رضي الله عنهما لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان
الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر
بامها وخالتها اذا لم يكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان
كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل
ان يتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر
لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار
والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة
واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله
فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات
ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذلك
يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير

وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى
يرجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض
المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا يرى انه لا يملك القبض بعد
بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر
وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج
في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله
وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق
وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع
نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله
وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس لها ان تمنع
نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت
صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها
برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار
مسلما اليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق
الحبس كالبائع اذا اسلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة
تصرف في البضع المحترم فلا يعرى عن العوض ابانة لخطره والتاكد بالواحدة لجهالة
ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد اخر وصار معلوما تحققت المزاحمة
وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى جناية اخرى
واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغربة تؤذي
وفي قرى المصر القريبة لا يتحقق الغربة قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر
فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل فان
طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله القول قوله بعد الطلاق وقبله الا

ان ياتي بشئ قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف رحمه الله
ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي
بشئ يكذبه الظاهر وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب
شئ من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر
والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار
كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر
ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول له في نصف المهر وهذا رواية الجامع
الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما
لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق انه
وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في
العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة
مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار
فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام
النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة الالفين فان كان مهر مثلها الفا
او اقل والقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة
في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت
الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة
تحالفا فاذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي رحمه الله
يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم بمهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف
في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضا
بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب
في حال حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف
بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى
القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى
فعند ابي حنيفة والقول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم بمهر المثل عنده بعد

موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها
مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها فلا شئ
لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى
في وجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى صار دينا في ذمته
وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فسقط نصيبه
من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا
يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله ان موتهما يدل على انقراض
اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو
هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة
التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي
يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيا للاكل لانه يتعارف هدية فاما
الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره
ليس له ان يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها
قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين واما الذمية فلها مهر مثلها ان
مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر رحمه الله لها
مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع
وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام
وولاية الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا
فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار
ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما
يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك
منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا
كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن

عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في
الكتاب وعلى غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت
روايتان والاصح الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما
او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل
القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد
رحمه الله لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض
فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير
اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول
لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رحمه الله يقول صحت
التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة
كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق
المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان
الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين
القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف
انما يستفاد فيه بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير
لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات
الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون
الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة
اوجب نصفها والله اعلم

باب نكاح الرقيق

لا يجوز
نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك
الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو
عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن
مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق
النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته

لانه من باب الاكتساب وكذلك المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن
المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم
واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين
وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور
الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة
والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل
من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما
واذا تزوج عبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة
لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو
اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة
تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين
الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها
فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله
الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى
وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد
العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك
بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد
حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع
وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على
اعتبار وجود الوطي ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا
ماذونا مديونا له امراة جاز والمراة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر
المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكر والنكاح لا يلاقي
حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له
فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فبمهر مثلها
اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى

ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق
والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا
لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك
لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال
رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى
مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد
وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه لان النكاح من خصائص الادمية
والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة
لانه مالك منافع بضعها فملك تمليكها ولنا ان النكاح اصلاح ملكه لان
فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة
بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن
زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رضي الله
عنه لمولاها وقالا يجب المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول
ميت باجله وصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى
بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل اتلافا حتى
وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل
بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبر بالردة وبقتل المولى امته
والجامع بينهما ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام
الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق احكام
الدنيا حتى يجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطي
حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما
في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر
الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو للمولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة
واذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله

عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع
صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها
حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات
فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن
مولاها ثم اعتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها
وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان
العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان
وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة
وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا
يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت بغير اذنه
على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى
منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة
لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود
العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر اخر بالوطي في نكاح موقوف
لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطي امة ابنه
فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه
الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله ان يتملك جاريته
للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا
يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد
شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له
التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقد وقال
زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية
المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان زوجها اباه فولدت منه
لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال

ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب
لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا اجاز النكاح
صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها
ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملك
اخاه فعتق عليه واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل
فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا
حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور
لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم
فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك
بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك
منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق
عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قال اعتقه
عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك
بغير عوض تصحيحا للتصرف ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار
فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه
ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك
المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض واما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب
عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج
الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا
انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقالا في الوجه الاول
كما قال ابو حنيفة رضي الله عنه وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله له ان الخطابات
عامة على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا
ترافعوا واسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة

مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا
احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رحمه الله ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا
للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده
بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده فاذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام
حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا
وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه او بنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم
له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام
فيفرق وعنده لها حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق
بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا
يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ
لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام
يعلو ولا يعلى ولو ترافعا فرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان
يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق القتل والامهال ضرورة
التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم
ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج يشغلها ولانه لا ينتظم بينهما
المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد
على دينه وكذا اذا اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان
في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا فالولد كتابي لانه
فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض حتى
يجوز للمسلم مناكحته ويحل ذبيحته ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها
كافر عرض عليه القاضي الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان
ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية
عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم يكن
الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون طلاقا في الوجهين اما العرض
فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم

وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول
غير متاكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد فيتاجل الى انقضاء ثلث
حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد وهي الملك والازدواج واقتضاء
الشهوة وغيرها قد فاتت فلا بد من سبب تبنى عليه الفرقة والاسلام طاعة
لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة
بالاباء وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان
فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك
بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب
والعنة اما المراة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا
فرق بينهما بابائها فلها المهر ان كان دخل بها لتاكده بالدخول وان لم يكن دخل
بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة والمطاوعة
واذا اسلمت المراة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية
لم يقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام
ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة
دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق
بين المدخول بها وغير المدخول بها وقال الشافعي رحمه الله يفصل كما مر في دار الاسلام
واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك
عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وسياتيك ان شاء الله واذا اسلم
زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى
واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال
الشافعي رحمه الله لا يقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معا
لم يقع وقال الشافعي رحمه الله وقعت فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا
دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر
في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي يقتضي الصفاء للسابي
ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا

ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب
ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذا ابقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي
الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم يتباين الدار
حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المراة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول
في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة رحمه الله انها اثر النكاح
المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا يجب على المسبية
وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح
ولا يقربها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا
ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد
احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة
بطلاق وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رحمه الله مر على ما
اصلناه في الاباء وابو حنيفة رحمه الله فرق ووجه الفرق ان الردة منافية
للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق واقع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف
الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا لا تتوقف الفرقة
بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر
ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر
ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها واذا
ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه الله يبطل
لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة
ارتدوا ثم اسلموا ولم يامرهم الصحابة رضي الله عنهم بتجديد الانكحة والارتداد
منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما
لاصرار الاخر على الردة لانه ينافي كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا

او ثيبين او احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امراتان
ومال الى احديهما فى القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عايشة رضى الله
عنها ان النبى عليه السلام كان يعدل بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمى
فيما املك فلا تواخذنى فيما لا املك يعنى زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا
والجديدة والقديمة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح
ولا تفاوة بينهن فى ذلك والاختيار فى مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو
التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة فى البيتوتة لا فى المجامعة لانها
تبتنى على النشاط وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم
وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد
من اظهار النقصان فى الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة
لان الرق فيهن قايم ولا حق لهن فى القسم حالة السفر يسافر الزوج بمن شاء
منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر الزوج بمن خرجت قرعتها وقال الشافعى
رحمه الله القرعة مستحقة لما روى ان النبى عليه السلام كان اذا اراد السفر
اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب
وهذا لانه لا حق للمراة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة
منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة واذا رضيت
احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضى الله
عنها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعايشة
رضى الله عنها ولها ان ترجع فى ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل
فى مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعى رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس
رضعات لقوله عليه السلام لا تحرم المصة والمصتان والاملاجة والاملاجتان
ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتى ارضعنكم الاية وقوله عليه السلام يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية
الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مطبق فيتعلق الحكم بفعل الرضاع

وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغى ان يكون فى مدة الرضاع على ما نبين
ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا سنتان وهو قول
الشافعى رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال
الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فتقدر به ولهما قوله تعالى وحمله
وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقى للفصال حولان وقال عليه
السلام لا رضاع بعد الحولين وله هذه الاية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب
لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين قام المنقص
فى احدهما فبقى فى الثانى على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات
باللبن وذلك بزيادة يتعود الصبى فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة
فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على
مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين فى الكتاب واذا مضت مدة
الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان
الحرمة باعتبار النشوء وذلك فى المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل
المدة الا فى رواية عن ابى حنيفة رضى الله عنه اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع
النشوء بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعده قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية
لكونه جزء الادمى قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذى
روينا الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام
اخته لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزويج اخت ابنه
من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد
هذا المعنى فى الرضاع وامراة ابيه او امراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها
كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب فى النص لاسقاط اعتبار
التبنى على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه
الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذى نزل لها منه اللبن ابا
للمرضعة وفى احد قولى الشافعى رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية
واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع

حسن ٤

وقال عليه السلام لعايشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاع
ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان
يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب
وذلك مثل الاخ لاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل
صبيين اجتمعا على ثدي واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل
لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعته
لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج
المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب
تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول
انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة
الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن
غالبا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان كان اللبن غالبا تعلق به التحريم
قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم
في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي
حنيفة رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع في حق المقصود فصار كالمغلوب
ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل
وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه
اذ الدواء لتقويته على الوصول فاذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق
التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا
اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله لان الكل صار
شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله
تعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه
لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان
واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب
النشو فيثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي

تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المراة
ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لا يبقى محلا لها ولهذا لا يوجب وطئها حرمة
المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز
والانبات وهو قايم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة
في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي
باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم
ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك
في الدواء واما المحرم في الرضاع معنى النشو وذلك لا يوجد في الاحتقان لان
التغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به
التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان
اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق
به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي وبين البهايم والحرمة باعتبارها واذا تزوج
الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير
جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل
بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف
صداقها لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن
فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة
ان كانت قد تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة
امراته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان
اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف
لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت في
ذلك باتفاق الحال او لان الفساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب
لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال
النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما يكون متعدية
اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الافساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت

بالنكاح لكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الافساد لايكون
متعدية لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لايكون متعدية
ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في
الرضاع شهادة النساء المنفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين
وقال مالك رحمه يثبت بشهادة امراة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان
الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبرته انه ذبيحة
المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لايقبل الفصل عن زوال الملك النكاح وابطال
الملك لايثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال
الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن
وبدعي فالاحسن ان تطلق الرجل امراته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه
ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يستحبون ان
لايزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان
يطلق الرجل امراته ثلثا عند كل طهر تطليقة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا
بالمراة ولاخلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق
المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح
الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت
بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة
ان يستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم تدار على دليل
الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة
نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل
العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخرها ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة
او ثلاثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال
الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم

والمشروعية لاتجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل
العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع
النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة
الى الخلاص ولاحاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة
نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية
في ذاته من حيث انه ازالة الرق لاينافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا
ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلف الرواية في الواحدة
البائنة قال في الاصل انه اخطاء السنة لانه لاحاجة الى اثبات صفة
زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لايكره للحاجة الى الخلاص
ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد
فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها
والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في الطهر لم
يجامعها فيه لان المراعي دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان
تجدد الرغبة وهو طهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض زمان النفرة وبالجماع
مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض
خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول
بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد
بالطهر واذا كانت المراة لاتحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة ثلثا
طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر آخر طلقها اخرى
لان الشهر في حقها قايم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى
يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق
في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق
التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الاول
بالآخر والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز ان

يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل
بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان
ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند
عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كان تفتر من الوجه الذي ذكر
تكثر من وجه الآخر لانه يرغب في وطئ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان
الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع
لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطئ لكونه
غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده فيها فلا تقل الرغبة بالجماع وتطليقها
للسنة ثلثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق
الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس
من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها
كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة
السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر
وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة
الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته
ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر بن الخطاب رضي الله عنه مر ابنك
فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم
الاستحباب في قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ودفعا للمعصية
بقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا للضرر بتطويل العدة قال فاذا طهرت
وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا
ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال
ابو الحسن الكرخي ما ذكره قول ابي حنيفة رضي الله عنه وما ذكره في الاصل قولهما وجه
المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض
الحيضة فتكمل بالثانية ولا يتجزى فيتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد

انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه
ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا
نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر
لا جماع فيه وان نوى ان تقع الثلاث الساعة او عند رأس كل شهر تطليقة فهو
على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر رحمه الله لا يصح
نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه يحتمل لفظه لانه سني وقوعا من
حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته
وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى
وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما
بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال
انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا يصح نية الجملة فيه لان نية الثلث
انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم
الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا يصح فيه الثلث **فصل**
ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم
لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل
المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي
رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف
الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته
في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف
الشرين واختار اهونهما وهذا اية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك
غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع
وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله
بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع
وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها
صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتي وجوهه في آخر هذا

الكتاب ان شاء الله وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة
ثلثا حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رحمه الله عدد الطلاق معتبر بحال
الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية
كرامة والادمية مستدعية لها ومعنى الادمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ
واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل
المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فيتكامل
عقدتين وتاويل ما روى ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امراة وقع
طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح في حق العبد فيكون
الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا
يقع به طلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره
فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن
ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد
تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق
لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله
ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى
لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين
فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين
الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا
يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى
لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا
يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى
طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق
هو صفة للمراة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف
معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق

او انت طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة
رجعية وان نوى ثلثا فثلث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة
ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر معه المصدر
وانه يزيده وكادة اولى اما وقوعه باللفظ الاولى فلان المصدر يذكر ويراد
به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو
قال انت طلاق يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا
لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ويصح نية الثلث لان المصدر
يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فاعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول
الادنى مع احتمال الكل ولا يصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رحمه الله هو يقول
ان ثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن
نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المراة امة يصح نية الثنتين
باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد
وهذا لان معنى التوحيد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية
والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة
وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال
انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها ولو اضاف الطلاق
الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضافه الى محله وذلك
مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المراة او يقول رقبتك طالق او عنقك
او روحك او بدنك او فرجك او جسدك او راسك او وجهك لانه يعبر به عن جميع
البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال
تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال النبي عليه السلام لعن الله الفروج
على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه يعني نفسه
ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك
ان طلق جزءا شايعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الجزء الشايع
محل لساير التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى

في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك او رجلك طالق لم يقع
الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذلك الخلاف في كل جزء
معين لا يعبر عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله
يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة
ثم تسري الى الكل كما في الجزء الشايع بخلاف ما اضيف اليه النكاح لان التعدي
ممتنع اذ الحرمة في ساير الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على
القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها
وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد
في اليد ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليها بخلاف الجزء الشايع لانه محل النكاح
عندنا حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن
والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة
او ثلثها كانت طالقا واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر ما لا يتجزى كذكر الكل
وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين
فهي طالق ثلثا لان نصف تطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون
ثلث تطليقات ضرورة ولو قال ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها
طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في
نفسها فيصير ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى
ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي في الاول ثنتان وفي الثاني ثلثة وقال
زفر رحمه الله في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية
لا يدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحايط الى هذا الحايط
وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل
كما يقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر
من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين
الى سبعين ويريدون ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرا

والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة ليترتب
عليه الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل
البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكن خلاف الظاهر
ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب ولم يكن له نية فهي
واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله
ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثر اجزاء الطلقة
لا يوجب تعددها وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف
الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما
في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان في تاتي
بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق
لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب
فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا يزيد الطلاق
على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من
ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي باينة لانه وصف
الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها
ولو قال انت طالق بمكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا قوله انت طالق
في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة
تصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر وكذا لو قال
انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال
في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة بين الشرط والظرف فيحمل عليه عند تعذر
الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت
طالق غدا وقع الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد
وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه
نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم
غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذي يتفوه به فيقع في الاول في اليوم

وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم فكان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة و
اذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ
الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانها وصفها بالطلاق
في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بينا ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم
النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله
انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا يقتضي الاستيعاب وتعين
الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى
بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه
الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول
والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد
تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق
فيلغو كما قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح
او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة
لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء
في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع
شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم
ولانه يمكن تصحيحه اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك ومتى لم
اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد
وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف
الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق
ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو
الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت
طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا تطلق حتى سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت

وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب
فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج
الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة رحمه الله انه
يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى
واذا تصبك خصاصة فتجمل فان اراد به الشرط لم تطلق في الحال وان اراد
الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار
انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها
فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له النية اذا نوى الوقت
يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملها ولو قال انت
طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا
به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر لانه وجد
زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طا قبل ان يفرغ منها وجه
الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لان البر هو المقصود
ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى اصله من حلف لا يسكن
هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته ولخواته على ما يأتيك في الايمان ان شاء
الله تعالى ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت
لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم
والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت
قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن
بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به
بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول
الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة

فصل

ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك
بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق
في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت

المطالبة بالوطئ كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل المشترك بينهما
والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا
ان الطلاق وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة
عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج
مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهو مشترك
بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما
اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس
بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف رحمهما الله
اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله في كتاب الطلاق فيما اذا قال
لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا
قول الكل فعن محمد رحمه الله روايتان لاجل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها
وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق
او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن
بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق
ثلثا تطلق ثلثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع
في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر
واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء
ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة
منافية لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك
امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة
بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها
فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها
ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي
لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا

من المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول
لانه لا عدة هناك حتى حل وطئها له ولو قال لها وهي امة الغير انت طالق ثنتين
مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق
بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر
الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في
التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا
بالاعتاق والعتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق
متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا يحرم حرمة غليظة بالثنتين ويبقى
شيء ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا
فيحمل عليه بدليل لما ذكرنا من معنى الشرط اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال
لها المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها
ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط
الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن
الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا
للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها
بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها
وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف
المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق
على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال
لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق
لانه علته فيفترقان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي
ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت
بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة

فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة
منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان يقع الاشارة
بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا
اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة
لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن
بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب
من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال
الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا
للرجعة وكان وصفه بالبينونة خلاف الشرع فيلغو كما لو قال انت طالق على
ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول
وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة
ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا كان نوى
الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة
اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا
اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما وصف بهذا الوصف باعتبار اثره
وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه
وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعة هي السنة فيكون
البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله طالق للبدعة
انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في حالة
الحيض فلا بد من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق
الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض
فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة
لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال
ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد وكان تشبيها في توحده
ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالالف او ملاء البيت فهي واحدة بائنة

الا ان ينوي الثلث اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه
لا يحتمل الانتقاض والارتقاض اما الرجعي يحتمله وانما يصح نية الثلث
لذكر المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي
العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدانها
يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد
فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف
واما الثالث فلان الشيء قد يملاء البيت لعظمه في نفسه وقد يملاءه لكثرته
فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي
حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به
ذكر العظم او يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رحمه الله
ان ذكر العظم كان بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في
التوحيد على التجريد اما ذكر العظم للزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله ان كان
المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي
حنيفة رحمهما الله وقيل مع ابي يوسف وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل عظم
راس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او طويلة
او عريضة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب
تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقع بها رجعية
لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته
لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع
مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا
ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم يقع الثانية والثالثة
وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر
في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاول في الحال فتصادفها الثانية
وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت عليها واحدة لما مر انها بانت

بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا
لاقتران الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات
المحل قبل الايقاع فيبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وهذه
تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها
واحدة يقع واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها
بها الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاء نى زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها
الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاء نى زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق فى الماضى
ايقاع فى الحال لان الاسناد ليس فى وسعه فالقبلية فى قوله انت طالق واحدة
قبل واحدة صفة للاولى فيتبين بها فلا يقع الثانية والبعدية فى قوله بعدها
واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها
واحدة لم يقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى
ايقاعها فى الماضى وايقاع الاولى فى الحال غير ان الايقاع فى الماضى ايقاع فى الحال
ايضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان
لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة فى الحال وايقاع الاخرى قبل هذه
فيقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة
مع للقران وعن ابى يوسف رحمه الله فى قوله معها واحدة انه يقع واحدة لان الكناية
تستدعى سبق المكنى عنه لا محالة وفى المدخول بها يقع ثنتان فى الوجوه كلها لقيام
المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة
فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا يقع ثنتان
ولو قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف
الواو للجمع المطلق فيقعن جملة كما اذا نص على الثلث واخر الشرط وله ان الجمع المطلق
يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار الثانى لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة
فلا يقع الزيادة على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر
الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما قدم الشرط فلم يتوقف ولو
عطف بحرف الفاء فهو على هذا الاختلاف فيما ذكر الكرخى رحمه الله وذكر الفقيه

ابو الليث رحمه الله انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما
الضرب الثانى وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها
غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته قال وهو على
ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعى ولا يقع الا واحدة وهى قوله اعتدى
استبرى رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل
اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فيقتضى طلاقا سابقا والطلاق
يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود
منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان يكون
نعتا للمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق
تعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه
الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها
مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا كان اولى وفى قوله
واحدة ان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافى نية الثلث ولا معتبر
باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العامة لا يميزون بين وجوه الاعراب
قال رضى الله عنه وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان
نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة
وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك
وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك وانت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى واعزبى
واخرجى واذهبى وقومى وابتغى الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية
قال الا ان يكون فى حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق فى القضاء ولا يقع
فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينوى قال رضى الله عنه سوى بين هذه الالفاظ
وقال لا يصدق فى القضاء اذا كان فى حال مذاكرة الطلاق ايضا قالوا وهذا
فيما لا يصلح ردا والجملة فى ذلك ان الاحوال ثلثة مطلقة وهى حالة الرضا وحالة
مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا
وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففى حالة الرضا لا يكون شئ

منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق
لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل خلية وبرية باين بتة
حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق وعند سؤال الطلاق
ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري
هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فيحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في
جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم
كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على
ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك لي عليك وخليت سبيلك
وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن
بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها
طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق
معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن
ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة
ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير
قصد وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقايقها والشرط تعيين احد
نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال
الوصلة وانما تصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند
انعدام النية تثبت الادنى ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله
لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت
بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه
يامر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال
لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى صار الحال حال مذاكرة الطلاق
فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة ولا يصدق في نفي النية بخلاف ما لو قال
لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه ظاهر يكذبه وبخلاف ما لو قال نويت
بالثالث الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين

لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما
يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول للامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان
يطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر
من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولانه تمليك
الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت
ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر
اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام
لما فيه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير
قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان
اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة باينة والقياس ان لا يقع بهذا شيء
وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض
الى غيره الا انا استحسنا لاجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولانه بسبيل
من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم
ثم الواقع بها باين لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن
لا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان
البينونة تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري
فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين
ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك
فقالت قد اخترت يقع واحدة باينة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا فيتضمن
اعادته وكذا اذا قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة
تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى
فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا
نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال

اختاری فقالت انا اختار نفسی فهی طالق والقیاس ان لا تطلق لان هذا مجرد
وعد ویحتمله فصار کما اذا قال لها طلقی نفسک فقالت انا اطلق نفسی وجه
الاستحسان حدیث عایشة رضی الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله والنبی
علیه السلام اعتبره جوابا منها ولان هذه الصیغة حقیقة فی الحال وتجوز
فی الاستقبال کما فی کلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسی
لانه یتعذر حمله علی الحال لانه لیس حکایة عن حالة قایمة ولا کذلک قولها انا اختار
نفسی لانه حکایة عن حالة قایمة وهو اختیارها نفسها ولو قال لها اختاری اختاری
اختاری فقالت قد اخترت الاولی او الوسطی او الاخیرة طلقت ثلثا فی قول
ابی حنیفة رضی الله عنه ولا یحتاج الی نیة الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا یحتاج
الی نیة الزوج بدلالة التکرار علیه اذ الاختیار فی حق الطلاق هو الذی یتکرر
لهما ان ذکر الاولی وما یجری مجراه ان کان لا یفید من حیث الترتیب یفید من حیث
الافراد فیعتبر فیما یفید وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع فی الملک لا ترتیب فیه
کالمجتمع فی المکان والکلام للترتیب والافراد من ضروراته فاذا لغی فی حق الاصل
لغا فی حق البناء ولو قالت اخترت اختیارة فهی ثلث فی قولهم جمیعا لانها للمرة فصار
کما اذا صرحت بها ولان الاختیارة للتاکید وبدون التاکید یقع الثلث فمع التاکید
اولی ولو قالت قد طلقت نفسی او اخترت نفسی بتطلیقة فهی واحدة یملک الرجعة
لان هذا اللفظ یوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة وکانها اختارت نفسها بعد
العدة وان قال لها امرک بیدک فی تطلیقة او اختاری نفسک فی تطلیقة فاختارت
نفسها فهی واحدة یملک الرجعة لان الزوج جعل لها الاختیار لکن بتطلیقة وهی
معقبة للرجعة

فصل فی الامر بالید

ولو قال لها امرک بیدک
ینوی ثلثا فقالت قد اخترت نفسی بواحدة فهی ثلث لان الاختیار یصلح جواب
الامر بالید لکونه تملیکا کالتخییر والواحدة صفة الاختیارة فصارت کانها
قالت اخترت نفسی بمرة واحدة وبذلک یقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسی
بواحدة او اخترت نفسی بتطلیقة فهی واحدة باینة لان الواحدة نعت لمصدر
محذوف وهو فی الاولی الاختیارة وفی الباینة التطلیقة الا انها یکون

باینة لان التفویض فی الباین ضرورة ملکها امرها وکلامها خرج جوابا له
فتصیر الصفة المذکورة فی التفویض مذکورة فی الایقاع وانما یصح نیة الثلث
فی قوله امرک بیدک لانه یحتمل العموم والخصوص ونیة الثلث نیة التعمیم
وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرک بیدک الیوم وبعد غد لم یدخل اللیل فیه
فان ردت الامر فی یومها بطل امر ذلک الیوم وکان بیدها بعد غد لانه صرح
بذکر وقتین بینهما وقت من جنسه لم یتناوله الامر اذ ذکر الیوم بعبارة الفرد
لا یتناول اللیل وکانا امرین فبرد احدهما لا یرتد الاخر وقال زفر رحمه الله هما
امر واحد بمنزلة قوله انت طالق الیوم وبعد غد قلنا الطلاق لا یحتمل التاقیت
والامر بالید یحتمله فیوقت الامر بالاول وجعل الثانی امرا مبتدا ولو قال امرک
بیدک الیوم وغدا یدخل اللیل فیه فان ردت الامر فی یومها لا یبقی الامر فی یدها
فی الغد لان هذا امر واحد لانه لم یتخلل بین الوقتین المذکورین وقت من جنسهما
لم یتناوله الکلام وقد یهجم اللیل ومجلس المشورة لا ینقطع فصار کما لو قال
امرک بیدک فی یومین وعن ابی حنیفة رضی الله عنه انها اذا ردت الامر فی
الیوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملک رد الامر کما لا یملک رد الایقاع
وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها الیوم لا یبقی لها الخیار فی الغد فکذا
اذا اختارت نفسها الیوم لا یبقی لها الخیار فی الغد فکذا اذا اختارت زوجها
برد الامر لان المخیر بین الشیئین لا یملک اختیار احدهما وعن ابی یوسف رحمه الله
انه اذا قال امرک بیدک الیوم وامرک بیدک غدا انهما امران لما انه ذکر لکل وقت
خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرک بیدک یوم یقدم فلان فلم تعلم بقدومه
حتی جن اللیل فلا خیار لها لان الامر بالید مما یمتد فیحمل الامر المقرون به علی بیاض
النهار وقد حققناه من قبل فیتوقت ثم ینقضی بانقضاء وقته واذا جعل امرها
بیدها او خیرها فمکثت یوما لم یقم فالامر فی یدها ما لم تاخذ فی عمل لان هذا
تملیک التطلیق منها لان المالک من یتصرف برای نفسه وهی بهذه الصفة و
التملیک یقتصر علی المجلس وقد بیناه ثم ان کانت تسمع یعتبر مجلسها ذلک
وان کانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر الیها لان هذا تملیک فیه معنی

التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في
حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس
تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر
من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا
مكثت يوما لم يقم ولم تاخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى
الى ان يوجد ما يقطعه او ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير
وقوله ما لم تاخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل
ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود
اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا
انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت
قال رضي الله عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيرها انها اذا كانت
قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا
والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف
رحمه الله ولو قالت ادع ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها
لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار فلا
يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها
وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقفها مضاف اليها والسفينة
بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها
وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته
طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة
رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا
لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع
احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس ولهذا يعمل فيه نية الثلث وينصرف الى
الواحد عند عدمها ويكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق
ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه

جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت
قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك
ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت فكانت موافقة
للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف
الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة
رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته
اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا
حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع
بقولها ابنت شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال
لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق
بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما
اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع
ولو قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان
كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال الرجل
طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة
فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها
فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة
وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة
كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا
انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل
التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة
فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فيملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي
نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي
حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها فيكون مبتدئة وهذا لان الزوج

ملكها الواحدة والثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد
فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه
يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما هاهنا لم
تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت
بائنة او امرها بالباين فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول
لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فيقول طلقت نفسي واحدة بائنة
طلقت رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا ويبقى الاصل ومعنى
الثاني ان يقول لها طلقي بائنة نفسك واحدة فيقول طلقت نفسي واحدة رجعية
فيقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفته المفوض
اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها
اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج باينا وان قال لها طلقي
نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث
وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك
واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان مشيتها الثلث
ليست مشية للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث المشية
الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق
ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق
طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما
لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق
لانه ليس في كلام المراة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل
في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع حينئذ اذ المشية
تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا
قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان المأتي به
مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا
لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا

شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت وردت الامر لم يكن ردا
ولا تقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتيما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات
كلها فانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت الامر لم يكن
ردا لانه ملكها الطلاق في الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد
بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك
التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما
ومتى ومتيما سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله ان كان تستعمل للشرط كما
تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها
انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا
لان كلمة كلما توجب تكرار الفعل الا ان التعليق ينصرف الى الملك حتى لو عادت
اليه بعد زوج اخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها
ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع
فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال انت طالق حيث شئت واين شئت لم
تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء
المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على
المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب
اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة
يملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال
الزوج نويت ذلك فهو كما قال لان عند ذلك يثبت المطابقة بين مشيتها وبين
ارادة الزوج اما اذا ارادت ثلثا والزوج واحدة بائنة او على القلب يقع
واحدة رجعية لانها لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم يحضر
النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في
الاصل هذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يقع ما لم توقع المراة فتشاء
رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق
اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها

المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة
كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود
اصله ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال لها انت طالق كم شئت وما شئت
طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان في العدد فقد فوض اليها اي عدد
شاءت فان قامت من مجلسها بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد
وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال طلقي نفسك من ثلاث
ما شئت فلها ان يطلق نفسها واحدة وثنتين ولا يطلق ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكم في التعميم وكلمة من قد يستعمل
للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت وطلق من نسائي
ما شئت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل
بهما وفيما استشهد به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة
وهو المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله اعلم بالصواب

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق
الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك فانت طالق
او كل امراة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله لا يقع الطلاق لقوله
عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط
والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك
متيقن به عنده وقبل ذلك اثره وهو قايم بالمتصرف والحديث محمول على نفي
التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما واذا اضافه
الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق
وهذا بالاتفاق لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح
يمينا او ايقاعا ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه
الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو
القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة الى
الملك لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق

ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك
وسببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتما
لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فيكون علامات
على الحنث ثم كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيه معنى الوقت وما وراها ملحق بها
وكلمة كل ليست بشرط حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء
والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها
مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت
وانتهت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم
الشرط ولا بقاء لليمين الا في كلما فانها يقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى
كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا الاية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان
تزوجها بعد زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث
المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف
زفر رحمه الله وسنقرره ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال
كلما تزوجت امراة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لان انعقادها
باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور وزوال الملك بعد
اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين
ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل
قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت
اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في الشرط فالقول
قول الزوج الا ان تقيم المراة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه
ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمراة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من
جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة
فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسانا والقياس
ان لا يقع شيء لانه شرط فلا يصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في
حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان

لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال
ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه
او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك وعبدي حر فقالت احبك طلقت
ولم تطلق صاحبتها ولم يعتق العبد لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها
اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت
كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة واذا قال اذا حضت فانت
طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونها لا
يكون حيضا فاذا تمت ثلثة حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد
عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء فلو قال لها اذا حضت حيضة فانت
طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها لان الحيضة بالهاء هي الكامل منها ولهذا
حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق
اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه لان اليوم اذا قرن
بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار
وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق
واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما
اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو
ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى
لانه حال انقضاء العدة ولو وضعت الجارية اولا يقع تطليقتان وانقضت عدتها
بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال يقع
وفي حال ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا
والعدة منقضية بيقين لما ذكرنا وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت
طالق ثلثا ثم طلقها فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف
فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه
اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجد في غير الملك
فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء

لا يقع في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهو المسئلة
الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا
ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء
غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل
الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه
بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت
زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر
رحمه الله واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلث
وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبينه ان شاء الله تعالى
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره
ودخل بها ثم رجعت فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلث لان
الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء
طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع
والحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين
بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت
طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم
ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي
يوسف رحمه الله انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا
انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام
للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد
لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر
لان الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند
ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم اولج يصير مراجعا
بالاجماع لوجود الجماع **فصل في الاستثناء** واذا قال لامرأته

انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف
بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط
فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون
اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط ولو
سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن
الاول وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام الاول
من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه
لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال
الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح
ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فارق بين قول القائل لفلان على درهم
وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض
بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وصارفا
للفظ اليه وانما يصح ذلك اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي الفصل
الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع ولو قال ثلثا الا ثلثا
يقع الثلث

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امراته
في مرض موته طلاقا باينا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء
عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين لان الزوجية
قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية
سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى
زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق
بعض الاثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان
والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به
فان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم
مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها وان قالت
طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم يكن

بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا في صحتي
وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك
ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره
ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها
الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع
ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية
وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت
اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه يقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها
بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة
ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله في
المسئلتين ان التهمة قايمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية
عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها
الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث
فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق
هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امراته ثلثا لم ترثه وان
كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثته ان مات في ذلك الوجه
او قتل واصله ما بينا ان امراة الفار ترث استحسانا وانما حكم الفرار بتعلق حقها
بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب فراش وهو ان يكون
بحال لا يقوم بحوايجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك
الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار والمحصور والذي
في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا
يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار
ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه
لا فرق بينما اذا مات بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل
واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى

فانها لا ترث وان قال لها وهو صحيح اذا صليت الظهر واذا طلعت انت طالق وكانت هذه الاشياء والزوج مريض ثم مات ورثت عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا صليت الظهر وهو مريض والتعليق في الصحة لم ترث صح

الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق وقد كانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول منه في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار

وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجئ الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المراة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجئ الوقت بان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث وهو اذا علقه بفعل نفسه وسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض والفعل مما له بد او لا بد منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا رضا مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة او كان الفعل مما لها بد منه فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول زفر رحمهما الله يرث لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لانه قصد الفرار حيث وقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه

برؤ فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن الزوج بالجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلاق الثلث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امراته وهو صحيح فلاعن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجاة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجئ الوقت وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بينا والله اعلم بالصواب

باب الرجعة

اذا طلق الرجل امراته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امراتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الامة قال او يطاها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها عنده وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله والفعل قد

فاذا فعل ذلك صحت الرجعة صح

يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح
وهذه الافاعيل يختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد
يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع
بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة
عليها قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال
الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا يصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد
ولانه استدامة النكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء
في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه
محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع
في المعصية واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي
رجعية وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما
الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة
الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك
فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم يصح الرجعة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
تصح لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا
لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة
رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا
اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق
على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة
لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها فصدقه المولى
وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى
لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها
بالنكاح ولابي حنيفة رحمه الله ان حكم الرجعة تبتنى على العدة والقول في العدة قولها
فكذا فيما تبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده

في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل
قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام
العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج
والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع
الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع
لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة لان الحيض
لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت
الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة
الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما
اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع
اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان
وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة
مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه
ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات وهذه
الضرورة يتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة
ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ
ليتقرر الحكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء
ان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة قال رضي الله عنه وهذا استحسان
والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون
العضو ان تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق
ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء
اليه فقلنا بانه ينقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف
العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن
ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو
قول محمد رحمه الله هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره

كامل صح

الرجعة وان لم تصل صح

وان كان اقل من عضو انقطعت صح

من الاعضاء ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهرت في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطئ منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطئ تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطئ الاحصان فلان يثبت الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعد الطلاق تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطئ وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على الاعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبله فيحرم الوطئ والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذلك الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطئ حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ويقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون

مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع نظره الى موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشيها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمنا والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى ملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع آخر عمله الى مدة اجماعا ونظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة وثنتين في الامة لم تحل له وطئها حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطئ حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج

او يراد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا يحل للاول
حتى تذوق عسيلة الآخر وروى روايات ولا خلاف فيه لاحد سوى سعيد
ابن المسيب رحمه الله وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط
الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد والصبي المراهق
في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك
رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بينا وفسّره في الجامع الصغير وقال غلام
لم يبلغ ومثله يجامع جامع وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى هذا
يتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول
مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به
تخلقا قال ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا
تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل
له وهذا محمله فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح
صحيح لان النكاح لا يبطل بالشروط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح
لانه في معنى الوقت ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد رحمه الله يصح النكاح
لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده
كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت
بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج
الثاني الطلاق ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص
فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل
والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها وقالت قد انقضت عدتي
وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة يحتمل ذلك جاز
للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني
لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة يحتمله
واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مولى لقوله
تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة
حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث ويسقط الايلاء
لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه
بتطليقة وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع
فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه
الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي وزيد
ابن ثابت والعبادلة الثلثة رضي الله عنهم اجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان
طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة
اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين
باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل
التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد وتزوجها عاد الايلاء
فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة اخرى لان اليمين باقية
لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من
وقت التزوج فان تزوجها ثالثا والايلاء وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم
يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده
بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين
باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف
على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا ايلاء فيما دون
اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم
الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو
مولى لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم
قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب
مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة الا يوما
مكث فلم يتكامل مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا

خلافا لزفر رحمه الله وهو يصرف الاستثناء الى اخرها اعتبارا بالاجارة
فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء
يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف
الى الاخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم
والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو
بالبصرة لا ادخل الكوفة وامراته بها لم يكن موليا لانه يمكنه قربانها من غير
شيء يلزمه باخراجها من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او
بعتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه
مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده
وفيه خلاف ابي يوسف رحمه فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه
شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق وان
يعلق بقربانها طلاقها او طلاق ضرتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة
الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في
الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت
العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال
لاجنبية والله لا اقربك وانت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك
فان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة
شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة
وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة
لا يجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه
ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء
وقال الشافعي رحمه الله لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمه الله لانه لو
كان فيئا لكان حانثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان
واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك

الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالحلف
واذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت به الكذب فهو
كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا
وان قال اردت به الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد
ذكرناه في الكنايات فان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة
وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل
المقيد وان قال اردت به التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا
لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في باب اليمين
ان شاء الله ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية
بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان
وخافا الا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به
لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع
تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه
يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر
المال اغنى عن النية ههنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة
وان كان النشوز من قبله كره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم
استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال
فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا له ان ياخذ اكثر
مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلونا
بدءا ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة
فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ
والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك
في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي فان طلقها على مال فقبلت وقع
الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد

علقها بقبولها والمراة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح
مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق باينا
لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك
هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع مثل
ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة باينة وان
بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق
بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول
لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني التصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب
للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه
الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع
على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب
او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي
بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف
النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع
تمليكه الا بعوض اظهارا للشرف واما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى
ايجاب المال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح
عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي
فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان
قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها
لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب
المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة
الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني
على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلثة
دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض
لان الكلام يختل بدونه وان اختلعت على عبد لها ابق على انها برية من ضمانه

لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة
فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان
الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا
بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد
طلبت كل واحد بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض
ينقسم على المعوض والطلاق باين لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف
فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويملك الرجعة وقالا
هي واحدة باينة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى
ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك
على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخل الدار كان شرطا
وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط
فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء صورته ان يقول ان دخلت
الدار الثلث فانت طالق فبدخولها دارا واحدا لا يقع طلاق واحد بل اذا دخلت
الدار الثلث يقع الثلث بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر فاذا لم يجب الالف
كان مبتديا فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف
فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له
الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت
ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو
كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض
يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب
بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق باين لما قلنا ولو
قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت وقال لعبده انت حر وعليك الف
فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا
اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لم يقع الطلاق
والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع

ولك الف درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة
اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال
بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف
على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان
للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة وان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت
ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا الخيار باطل في الوجهين
جميعا والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع
من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين
ومن جانبها شرطها ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع
حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه
يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان
وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس
على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت
منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري
ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه والاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط
لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به وانكاره
القبول رجوع منه قال والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من
الزوجين على الاخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال محمد رحمه الله
لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة
رضي الله عنه في المباراة لمحمد رحمه ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط
لا غير ولابي يوسف رحمه الله ان المباراة مفاعلة من البرأة فيقتضيها من الجانبين
وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه
الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الخلع ينبي عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع
العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه

ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع
في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم
عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل
من جميع المال فاذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق
في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق
بسائر الشروط فان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب
لانه ضامن ولان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط
مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها
ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال
لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا اذا خالعها
على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر
وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت
لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه
الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي
القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة
حاصل ما يلزمها

باب الظهار

واذا قال الرجل
لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا تقبيلها ولا
مسها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى
ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية
فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح
وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فتناسب المجازاة عليها
بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع
فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي
يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر عن يمينه
استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

قبولها ٤

لقوله عليه السلام للذى واقع فى ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد
حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا عليه لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون
الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن
من الاتيان به واذا قال انت على كبطن امى او كفخذها فهو مظاهر لان الظهار
ليس الا تشبيه المحلله والمحرمة وهذا المعنى يتحقق فى عضو لا يجوز له النظر اليه
وكذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته
او امه من الرضاعة لانهن فى التحريم المؤبد كالام وكذا ان قال راسك
على كظهر امى او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك او قلبك
لانه يعبر بها عن جميع البدن فيثبت الحكم فى الشايع ثم يتعدى كما بيناه فى
الطلاق ولو قال انت على مثل امى او كامى يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان
قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش فى الكلام وان
قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه بالعضو لكنه ليس بصريح
فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين لانه تشبيه بالام
فى الحرمة فكانه قال انت على حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشئ
عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد
رحمه الله يكون ظهارا لان التشبيه بالعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه
بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابى يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون
الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به
ولو قال انت على حرام كامى ونوى طلاقا او ظهارا فهو على ما نوى لانه يحتمل
الوجهين الطلاق لمكان التحريم والظهار لمكان التشبيه والتشبيه تاكيد له
وان لم يكن له نية فعلى قول ابى يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله
ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت على حرام كظهر امى ونوى طلاقا او ايلاء
لم يكن الا ظهارا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا هو على ما نوى لان التحريم
يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون
ظهارا وعند ابى يوسف رحمه الله يكونان جميعا وقد عرف فى موضعه ولابى

حنيفة رضى الله عنه انه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم
اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته
لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل فى الامة تابع فلا يلحق
بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق فى المملوكة فان
تزوج امراة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق
فى التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا اذ الظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف
بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن
على كظهر امى كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا
اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت فى حق كل واحدة
والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة
فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل فى الكفارة

وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب
قال كل ذلك قبل المسيس وهذا فى الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه
وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطى
ليكون الوطى حلالا قال ويجزى فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر
والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هى عبارة
عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعى رحمه الله يخالفنا فى الكافرة
ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن
نقول المنصوص عليه اعتاق مطلق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق
التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا يجزى
العمياء ولا مقطوعة اليدين والرجلين لان الفايت جنس المنفعة وهو البصر
او البطش او المشى وهو المانع اذ اما اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز
العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات
جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث

لايجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا
يجوز وهو رواية النوادر لان الفايت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان
اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم
وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهام اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت
جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا
بالعقل فكان فايت المنافع والذي يجن ثم يفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا
يجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا
المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا
للشافعي رحمه الله له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق
قايم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة
لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو
كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه يسلم له الاكساب والاولاد
لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب
وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رحمه الله
لا يجزيه وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله
تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة
رضي الله عنه ويجوز عندهما لانه تملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل
العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية
في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رضي الله عنه ان نصيب صاحبه
ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة واذا اعتق نصف
عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن
على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية
فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان على ملك الشريك وهذا

وهذا على اصل ابي حنيفة رضي الله عنه اما على قولهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق
النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين فان اعتق نصف عبده عن كفارته
ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه عنها لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق
يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل
بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد
المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم
الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان
لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام
منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل وان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين
ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله و
قال ابو يوسف رحمه الله لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو
الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما
قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون
خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف الصوم وان افطر
يوما منها بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان
ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير
بالمال وان اعتق المولى واطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا
بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم
يستطع فاطعام ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من شعير او صاعا من تمر او قيمة ذلك
لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين
نصف صاع من بر ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر
وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر
ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره
ان يطعم عن ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له

اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا او كثيرا
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة
الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا
ان المنصوص عليه الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة
ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء
وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفيه
كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز
الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان
اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج
والحاجة يتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا
في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات
قيل لا يجزيه وقيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما
اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص فان قرب التي ظاهر منها في خلال
الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه
يمنع من المسيس لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع
لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا
كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى
وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب وفرق في الدفع
ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة فاذا لغت النية والمؤدى
يصلح كفارة واحدة لان ادنى المقادير نصف الصاع فيمنع النقصان دون الزيادة
فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة
الثانية في حكم مسكين اخر ومن وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي
عن احديهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر واطعم مائة وعشرين
مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة فان اعتق رقبة واحدة

او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شا وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز
عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي
رحمه له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود
جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن
احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد
غير مفيد فيلغوا وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة
ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين
يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر
فانه لا بد فيه من التمييز

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امراته بالزنى وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او
نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا
شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام
حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون
من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين
فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان
كاذبا وهو قايم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قايم مقام حد الزنى
اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد
ان يكون هي ممن يحد قاذفها لانه قايم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها
ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون
الولد من غيره بالوطئ عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان
الاصل في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر
الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كساير الحقوق فان امتنع منه
حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها
اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها
الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه

واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد
لانعذر اللعان من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى
والذين يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة
وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت
زانية او صبية او مجنونة فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم
الاحصان في جانبها وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته
والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية
والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين
في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله قال
وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة
اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة
الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ويشير اليها في جميع ذلك
ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني
به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني
من الزنى والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه ياتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنى لانه اقطع للاحتمال وجه
ما ذكرنا في الكتاب ان لفظة الغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال
قال واذا التعنا لم يقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر رحمه الله يقع
بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك
بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع عنه ناب القاضي منابه دفعا للظلم
دل عليه قوله عليه السلام كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان
وتكون الفرقة تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي
انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف
رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص
على التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان

ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان
القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل
فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المراة
ولو قذفها بالزنى ونفى الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسبه ويلحقه
بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد امراة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان
المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق
وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب
الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي
لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق
اهلا للعان فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به
لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امراته وهي
صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن
الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات
واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه
لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب
بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا
بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف ولنا انه اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط
فيصير كانه قال ان كان لك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان
قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم
ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال
وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا يترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال
قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امراته
عقيب الولادة او في حال التي تقبل التهنية وتبتاع الة الولادة صح نفيه ولاعن به

وان نفاه بعد ذلك لاعن وثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح
نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا
بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل
واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته
عند التهنئة او ابتياعه آلة الولادة او مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان
غائبا ولم تعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرنا على الاصلين قال واذا ولدت
ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما خلقا من ماء
واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى
الثاني ثبت نسبهما منه لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه
والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي
زانية وفي ذلك التلاعن فكذا هذا ولا يجوز للرجل ان يتزوج بالولد الذي نفى
نسبه وصح نفيه ولاعن خلافا للشافعي ولا بولد الزنى اذا استبراه الزاني الذي
الخلق من مائه خلافا له **باب العنين وغيره** واذا
كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت
المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت
لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية
فلا بد من مدة معرفة لذلك فقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة
فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف
ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها
لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج
كانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا
وانما يقع بائنة لان المقصود دفع الظلم عنها ولا يحصل الا بها لانها لو لم يكن بائنة
تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال المهر ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة
ويجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج
والمرأة في الوصول فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق

الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل
سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه
وان قلن هي ثيب تحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان
كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت المرأة لانه لا فائدة في التأجيل و
الخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال
قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن
تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتأيدها
بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد
ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان
حقها وفي التاجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان
لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنها
واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار لزوجها وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب
الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء
حسا او طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم
فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله
بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق به التمكن وهو
حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص وجذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في
الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولنا ان
الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما ثبت في الجب والعنة لانهما
يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله
اعلم بالصواب **باب العدة** اذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا او رجعيا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها
ثلثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء والفرقة
اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة

الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض
عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد
كذا قاله ابن السكيت رحمه الله ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض
اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق
جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة
الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة
اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم
تحض باخر الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه
السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة
لا تتجزى فكملت فصار حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت
لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه يتجزى
فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى
ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران
وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق
قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة
البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل
لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ثلث حيض ومعناه اذا كان بائنا
او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان
النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفاة
اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف
الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق
العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على

هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا
الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت الامة
في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل
وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال
النكاح بالبينونة والموت وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم
انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت
الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا
لان شرط الخلفية تحقق اليأس في ذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية
في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع
بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض
في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض
هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال
الشافعي رحمه الله حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء
ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه
فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر
كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اربعة اشهر
وعشر وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث
بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف
عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا
المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت
العدة بالشهور فلا يتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت
مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا تلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحمل لان
النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما قال ولا يثبت نسب الولد

في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقام
مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض لم تعتد
بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها
واذا وطئت المعتدة بشبهة عليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون
ما تراه المراة من الحيض محتسبا منهما جميعا ولو انقضت العدة الاولى ولم يكمل
الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله
لا تداخلان لان المقصود هو العبادة فانه عبادة الكف عن التزوج والخروج
فلا يتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود هو التعرف عن فراغ
الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان ومعنى العبادة تابع الا يرى انها تنقضي
بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد
بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان
وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم
تعلم بالطلاق والوفاة حتى مضت العدة فقد انقضت عدتها لان سبب
وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب
ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا
لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على
ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من اخر الوطئات لان الوطي هو السبب الموجب
ولنا ان كل وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد
الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم
لا يثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام
حقيقته لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت
المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها
امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امراته
طلاقا باينا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل
وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال

محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل
المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب
بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني
ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة
الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن
القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده ويصير
قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر رحمه الله لا عدة
عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه
ما قلنا قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا
مسلمة فان تزوجت جاز الا ان يكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف
في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح وقول ابي حنيفة رضي الله عنه فيما اذا كان
معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب اخر
وجبت العدة فكذا اذا وقعت بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ
وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق
بني ادم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتمليك الا ان يكون حاملا لان في بطنها ولدا
ثابت النسب وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يجوز نكاحها ولا يطاؤها كالحبلى من
الزنا والاول اصح والله اعلم

فصل

وعلى المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك الزينة اما المتوفى عنها زوجها
فلقوله عليه السلام لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق
ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي
رحمه الله لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى
مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تاسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوات
نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة اقطع لها من الموت حتى

كان لها ان يغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها قال والحداد ويقال الاحداد وهما
لغتان ان يترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر
وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار
التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح
فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
لم ياذن بالمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا
يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت
الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا
لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا باس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا
تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب قال ولا احداد
على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع
عنها وعلى الامة الحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق
المولى بخلاف المنع عن الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته
قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانه ما فاتها
نعمة النكاح لتظهر التاسف والاباحة الاصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس
بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء
الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام
السر النكاح يعني السر المذكور في القران في قوله تعالى لا تواعدوهن سرا وقال
ابن عباس رضي الله عنهما التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير
في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية
والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض
الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا
ويخرجن لاقامة الحد عليهن اما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى
الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان

النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا
وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يسقط به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في
المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال الفرقة والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن
من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها
زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها وتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها
اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فاخرجها
الورثة من نصيبهم انتقلت لان الانتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار
كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل او كانت فيها باجرة ولا تجد ما تؤديه
ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او بثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس مع السترة لانه
معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج
عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة يقدر على
الحيلولة فحسن وان ضاقت عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال واذا خرجت
المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا او مات عنها زوجها فان كان بينها وبين مصرها
اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت
ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان
المقصد ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى
ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها
لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج وان كان معها محرم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل
ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر
وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم
فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها
الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم
تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بولد لستة

اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق وكان العلوق
قبله في حال النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال
النكاح والنسب يحتاط في اثباتها واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا
حكما فتاكد المهر به ويثبت نسب الولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين
او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حال العدة لجواز انها تكون
ممتدة الطهر فان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة وثبت
نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق
قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك والاحتمال وان جاءت به
لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه
لانتفاء الزنى منها فيصير بالوطئ مراجعا والمبتوتة تثبت نسب ولدها ان
جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن
بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام السنتين من وقت
الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام
قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان
كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي
به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم
تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة
وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه
لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك
الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في اخر العدة
وهي الثلثة الاشهر ثم تاتي لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة
ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها حكم ببلوغها
ويثبت الولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا
جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع

حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما
بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف
الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك
واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يعني
من وقت الاقرار ثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به
لستة اشهر لم يثبت لانا لا نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا
اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند
ابي حنيفة رضي الله عنه الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان
يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وقالا
يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة لان الفراش قائم لقيام العدة وهو ملزم للنسب
والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست
الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل
او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين تثبت بشهادتها قال
فان كانت المعتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة
احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه
تصديقهم فاما في حق النسب هل تثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظ الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت
في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت بناء لا يراعى فيه الشرائط
واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت
نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا
يثبت نسبه منه اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد
الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن
لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته
وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت واختلفا فقال الزوج تزوجتك

منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها
فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف
ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال النبي صلى الله
عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت
على الولادة يقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رضي الله عنه انها ادعت
الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا
يظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت
من غير شهادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه
لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله لان الاقرار بالحبل
اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد
الامانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عايشة رضي الله عنها الولد لا يبقى
في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله
وفصاله ثلثين شهرا وقال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي
رحمه الله يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما روينا والظاهر انها قالته
سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت
بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول
ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه
يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوته وهذا اذا كان الطلاق واحدا
باينا او خلعا او رجعيا اما اذا كان ثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت
الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل
بالشراء ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة
فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع
ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امرأته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث

لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة
وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا
كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا
وعادة ولو لم يعلم انها حرة وقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور
الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث والله اعلم بالصواب

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين
فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء
وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق
به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه
اشار الصديق رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين
وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على
الاب على ما نذكر ولا يجبر الام عليه لانها عسى تعجز عن الحضانة فان لم يكن له ام
فام الام لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم يكن فام الاب اولى
من الاخوات لانها من الامهات ولهذا يحوز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة
للولادة فان لم يكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين
ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لقوله عليه السلام
والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته ويقدم الاخت
لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل
الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلن الاخوات
معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت
من هؤلاء سقط حقها في الحضانة لما روينا ولان زوج الام لما كان اجنبيا يعطيه
نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام
ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة
ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان
لم يكن للصبي امرأة من اهله واختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية

للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة
غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير
حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء
بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التاديب والتخلق باخلاق
الرجال وآدابهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف والخصاف رحمه الله قدر
الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض
لان بعد الاستغناء تحتاج الى اداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ
تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رحمه الله انها
تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام
والجدة احق بها حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها
لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وبخلاف
الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد
اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل
العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق
بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك
واحتمال الضرر بعده قال ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله
لهما الخيار لان النبي عليه السلام خيّر ولنا انه لقصور عقله يختار من
عنده الدعة بتخليته بين اللعب وبينه فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين لم يخيروا واما الحديث قلنا قد قال النبي عليه السلام
اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه صلى الله عليه وسلم او يحمل على ما
اذا كان بالغا

فصل

واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها
من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها
وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال
النبي عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي ذميا وان
ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب
الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها
ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم
في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد ووجه الاول ان التزوج في دار
الغربة ليس التزاما للمكث عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا
الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كانت بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا
بحيث يمكن للوالد ان يطالع الولد ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في
القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظر للصبي حيث
يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه بالاب ضرر وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه
باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله
فعليه نفقتها وكسوتها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته
وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام
في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة
جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي
والعامل في الصدقات وهذه الدلالة لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة
قال رحمه الله ويعتبر في ذلك حالهما جميعا وهذا اختيار الخصاف رحمه الله وعليه
الفتوى وتفسيره انهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين
فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات
وقال الكرخي رحمه الله يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امراة ابي سفيان
خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان
النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة
ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله
بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه

الشافعي رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد
لان ما وجب كفاية لا تتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها
مهرها فلها النفقة لانه منع بحق وكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت
وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت
جاء الاحتباس فيجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان
الاحتباس قايم والزوج يقدر على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا
نفقة لها لان امتناع الاستمتاع بمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى
المقصود ويستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رحمه الله
لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض
عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج
صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة في ماله لان التسليم قد تحقق منها
وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المراة في دين فلا نفقة لها
لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه ايضا
وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة والفتوى
على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان
فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رحمه الله لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن
يجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج
يجب النفقة بالاجماع لان الاحتباس قايم لقيامه عليها ويجب نفقة الحضر دون السفر
ولا يجب الكراء لما قلنا فان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة
لها ان مرضا يمنع الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع ووجه الاستحسان ان الاستمتاع
قايم فانه يستانس بها ويمسها ويحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي
يوسف رحمه الله انها اذا اسلمت نفسها ثم مرضت يجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت
ثم سلمت لا يجب لان التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه
قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان الزوج موسرا ونفقة خادمها والمراد
بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ ويفرض على الزوج اذا كان موسرا

نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه
ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يفرض لخادمين لانها يحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح الخارج ولهما
ان الواحد يقوم بالامرين فلا حاجة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان
كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة
ما يلزم المعسر من نفقة امراته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا
اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
رضي الله عنه وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى
الكفاية وهي قد يكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال
لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي
منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان
حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا
بفرض القاضي فتستوفي في الثاني من الحال وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق
بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة
الغريم على الزوج فاذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون
الزوج واذا قضى القاضي لها نفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر
لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب
فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها
وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة وصالحت
الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست
بعوض عندنا على ما مر فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا يوجب
الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه
اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج بعد ما قضى
عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان
النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض

وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض
عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه واذا اسلفها نفقة السنة اي عجلها
ثم مات لم يسترجع منها شئ في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله
وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس
وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة
ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء
حكمها ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع وعن محمد
رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع لانه يسير فصار
في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا
اذا تزوج المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق
المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في
النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح
لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فلها النفقة لانه
تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة ان
يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت
النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته
الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون
استردادا والمدبرة وام الولد في هذه كالامة **فصل** وعلى الزوج
ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان
السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة
واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن
على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان
تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها ليس له ان
يسكنه معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود

قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها
لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها
وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر
وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث
وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول
عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب
الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم
يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها
ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق
نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا يقبل بينة المرأة لان المودع ليس
بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغايب فاذا ثبت
في حقه تعدى الى الغايب وكذا اذا كان المال في يد مضاربه وكذا الجواب
في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او
كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج
الى البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلانه
لا يباع على الحاضر فكذا على الغايب وعندهما ان كان يقضى على الحاضر فكذا على
الغايب لانه لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغايب لانه ربما
استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث
اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم
الكفيل عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم
وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها الزوج النفقة نظرا للغايب قال ولا يقضى
بنفقة في مال غايب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء
ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم
انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي

بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية وانه لم يخلف ما لا لها فاقامت
ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي لان في ذلك
قضاء على الغايب وقال زفر رحمه الله يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغايب
فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان
اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجز يضمن الكفيل والمراة وعمل القضاء اليوم على
هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة
اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل

واذا طلق الرجل امراته فلها
النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة
للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لا سيما عندنا
فانه يحل له الوطئ واما الباين فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني
زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة لانه لا ملك
وهي مرتبة على الملك ولهذا لا يجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت
حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات الاحمال فانفقوا عليهن
الاية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قايم في حق حكم مقصود
بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا لها السكنى
بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه قال
لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لا ندري صدقت ام كذبت ام نسيت سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في
العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعايشة رضي الله عنهم
اجمعين ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع
فان التربص عبادة منها الا يرى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى
لا يشترط فيها الحيض فلا يجب نفقتها عليه لان النفقة تجب شيئا فشيئا فلا ملك له
بعد الموت ولا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية
مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق
فصار كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر
بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار
البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة
كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد
الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة
تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس ولهذا يقع الفرق والله اعلم

فصل

ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما
لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له
هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية
على الاب والاجر للرضاع كالنفقة لانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا
معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي بالزامها
الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكر بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من يرضعه
اما اذا كانت لا توجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع
قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله
عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته او
معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه
بالاجر ظهرت قدرتها وكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا
في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قايم وكذا في المبتوتة في
رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه
باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن
له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني
لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية وان
قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية او رضيت
بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظر الصبي في الدفع اليها وان التمست

زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى
لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية
ونفقة الصبي واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما يجب نفقة الزوجة على
الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون
في معنى نفسه اما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس
الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة فترتب عليه الاحتباس فوجبت
النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما يجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال
فالاصل ان يكون نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا والله اعلم

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا
كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش الابن في نعم الله
ويتركهما يموتان جوعا اما الاجداد والجدات من الاباء والامهات ولهذا
يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا الاحياء فاستوجبوا عليه الاحيا
بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى
من ايجاب نفقته في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلوناه ولا يجب
النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات وولد
الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق هو له
مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد ملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء
في معنى نفسه فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره لا يمنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا
حربيين لا يجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من
يقاتلنا في الدين ولا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا يجب على المسلم
نفقة اخ النصراني لان النفقة يتعلق بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك
لانه متعلق بالقرابة وبالمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق
في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة فاعتبرنا في الا على اصل العلة
وفي الادنى العلة الموكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد

لان لهما تاويلا في مال الولد ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس
اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية
في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا
كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا او زمنا او اعمى
لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم
محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه
وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة
والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه
بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فيجب
نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه
لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر
لايفاء حق مستحق قال ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه
اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار
قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية
كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالصغير
ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغيرة ولاية ومؤنة
حتى وجب عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبيرة لانعدام الولاية
فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى يكون نفقة الصغير
على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا
على قدر الميراث غير ان المعتبر في ذلك اهلية الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان
له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا يجب نفقتهم
مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا يجب على الفقير
لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف يستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة
وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا ينتظم دونها ولا
يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعند

محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك
من كسبه الدايم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب
ولانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا
كان للابن الغايب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع
ابوه متاعه في نفقته جاز عن ابي حنيفة رضي الله وهذا استحسان وان باع العقار
لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية لانقطاعها بالبلوغ
ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا يملك الام
في النفقة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان للاب ولاية الحفظ في مال الغايب الا ترى
ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك
العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا
في التصرف حال الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه
وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال
ولايته ثم له ان ياخذ منه بنفقته لانه جنس حقه فان كان للابن الغايب مال في يد
ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء
على ما مر وقد اخذ جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي
ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نايب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا
امر القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه
بالضمان فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي
الارحام بالنفقة ومضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى
لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي
لانها تجب مع يسارها فلا يسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن
القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغايب
فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة

فصل

وعلى المولى ان
ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله
تحت ايديكم فاطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله
فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك
حيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية
لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء
حقهما وايفاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان
تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف ساير الحيوانات
لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه و
بين الله تعالى لان النبي عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى
عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح
ما قلنا والله اعلم بالصواب

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم ايما مسلم اعتق مؤمنا
اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد
والمراة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ
في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ
لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل
لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول
قوله وكذا اذا قال المفيق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد
الى حالة منافية وكذا اذا قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر اذا احتلمت لانه
ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ
لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم فاذا قال لعبده او امته انت حر
او معتق او عتيق او محرر او قال حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق
او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى
ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء في التصرفات
الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل
وانه خو من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يصدق قضاء لانه خلاف
الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار

المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه
يثبت من جهته فيقتضي بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد ان شاء الله الا
اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه ولو ناداه
بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم
علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك او رقبتك
او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن
وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جزء شايع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك
الخلاف فيه ان شاء الله وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل
لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه
ولو قال لا ملك لي عليك ونوى الحرية عتق وان لم ينو لا يعتق لانه يحتمل انه اراد
بقوله لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا
بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي
عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك
وتخليه السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته
قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله بخلاف
قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شاء الله ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى
العتق لم يعتق وذا لبد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لانه نفيه مطلقا
بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا ولهذا يحتمل العتق ولو قال هذا
ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا
ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج
الى النسب فيثبت منه فاذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان
له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظه في مجازه عند
تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله ولو قال هذا مولاي
او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم
والموالاة في الدين والاعلى والاسفل في العتاق الا انه تعين الاسفل فصار

كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف
فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام بحقيقته والاضافة الى العبد
تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته
هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه
وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما
تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر
يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يصدق في الثاني لانه
يقصد به الاكرام بمنزلة قولك يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام بحقيقته وقد امكن
العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال
يا ابني ويا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف
يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف
المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من
جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن
اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا
النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رضي الله عنه شاذا انه يعتق
فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن
ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة
والامر كما اخبر واذا قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم انه كلام محال
فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق وقبل ان تخلق ولابي حنيفة رضي الله عنه
انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا
لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق
السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة
في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه
تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين

الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين
حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب
المال لان القطع سبب لوجوب المال المخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق
المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع
وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا يختلف ذاتا وحكما فامكن
جعله مجازا عنه ولو قال لهذا ابي وامي ومثله لا يولد لمثلها فهو على هذا الخلاف
وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو
الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة
والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في
ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا
ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه
ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه
في النكاح وان قال لامته انت طالق او باين او تخمري ونوى العتق لم تعتق وقال
الشافعي رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هذا الاختلاف سائر الفاظ الصريح
والكناية على ما قاله مشايخهم رحمهم الله له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين
الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك
النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل
اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما
الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية
عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات
القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى
ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع
المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك
النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو
فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل

الحر لم تعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في
الحرية ولو قال انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد
كما في كلمة الشهادة ولو قال رأسك رأس حر لم يعتق لانه تشبيه بحذف
حرفه ولو قال رأسك رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به
عن جميع البدن

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه
فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره
والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه
القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولادة فامتنع
الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع
فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه
وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم
قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما
او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه او من يجري
مجراه لم يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند
القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق
تحقيقا للمقصود للعقد وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يتكاتب على الاخ ايضا
وهو قولهما قلنا ان يمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع
لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى
يعتق عند الملك لانه تعلق حق العبد به فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه
الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف
القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخرين
وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق
وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما
الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق

واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما
عرف في موضعه واذا خرج العبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام
في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو
مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها
اذ هو متصل بها وان اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها
مقصودا لعدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق
الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان تسليمه بنفسه شرط في الهبة والقدرة عليه
في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق
فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال
على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه على الام لانه في حق العتق نفس
على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف
قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل
قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل
ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها
لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة
والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر
على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية
والمرقوقية وامومية الولد والتدبير والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر
على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض
ما لا يتجزى كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو
قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو ضعف حكمي وهو الرق وهما لا يتجزيان
فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق
حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة
حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى
ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل ويجب
السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان
الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا
بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه
وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه
اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ
وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد
متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب
صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين
فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء عتق وان شاء
ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد
والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار
ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع
المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي الاعتاق
وعدمه على ما بينا والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما
في الثاني قوله عليه السلام الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا
سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله ان احتبست مالية نصيبه عند
العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ
فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا ان العبد
فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب
الآخر لا يسار الغناء لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق وايصال
بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق على العبد لما

ضمن لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته
لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق
يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه
البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق
بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء
فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق
بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه
لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء عتق
لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا وله الولاء في الوجهين لان العتق من
جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى بالاجماع لانه يسعى لفكاك رقبته او
لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن
المعسر فيسعى في رقبته قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول
الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه
يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان
يس بجان ولا راض ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا
الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا
يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد
قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد
منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا اذا
كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه
فصار مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وحرم عليه الاسترقاق فيصدق
في حق نفسه فيمتنع ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا
لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار
لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد
تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كل

واحد منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي
بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا
سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه
لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم يثبت لانكار الآخر والبراءة
قد تثبت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي
السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما
موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره
وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه
ليساره فيكون متبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان
كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على
اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل هذه الدار فلان غدا فهو حر
وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري انه دخل ام لا عتق النصف وسعى
لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء
عليه فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة
وكذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين
ومع اليقين بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع
والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان
ويأتي التفريع فيه على ان يسار المعتق يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف
الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما
لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء
وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى
الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق
على ما مر ولا ضمان عليه للآخر علم انه ابن شريكه او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه
والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة

رضي الله عنه وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان
معسرا سعى العبد في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او
صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى
نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا
كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه
كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق
وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان
افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف
الجواب بين العلم وعدمه في ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال
لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك الامر ولا يعلم الامر بملكه واذا ابتدأ الاجنبي فاشترى
نصفه ثم اشترى نصفه الاخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه
ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى العبد في نصيب قيمته لاحتباس ماليته
عنده وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما
ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يضمن اذا كان موسرا ومعناه اشتراه نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبايعه
شيئا عنده والوجه قد ذكرنا واذا كان العبد بين ثلثة نفر دبره احدهم وهو موسر
ثم اعتقه الاخر وهو موسر فاراد والضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن
المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن
وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن
ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة
رضي الله عنه خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما
كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الاخرين ولكل واحد
منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على
حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا

وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره
فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن
المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان
معاوضة عندنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت
التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق وعند ذلك مدبرا وحر على اختلاف الاصلين
ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان
يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة
المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان
من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق التضمين والولاء بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق
لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما
صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار
والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية
والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر لـــــ واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما
انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم يكون حرة لا سبيل عليها
لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا
اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة
ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا
اسلمت ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب
كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن فيه وهو النصف ولا خدمة للشريك
الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان
والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا
يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية

وانكر الاخر

ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها فى كفاية المنتهى وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما فى المدبر الا ترى ان ام الولد النصرانى اذا اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان ولابى حنيفة رضى الله عنه ان التقوم بالاحراز وهى محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف فى حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله فى حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى اسقاط التقوم وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفى ام ولد النصرانى قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذى اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا فى العبد الاخير فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثانى ربعا آخر لان الثانى دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلثة الارباع ولانه لو اريد به الثابت يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد اصاب

الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان القول منه فى المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان تجمع بين سهام العتق وهى سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق فى مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى فى اربعة ومن الباقين من كل واحد منهما سهمان ويسعى فى خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لان يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت من سهام العتق سهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقى التخريج ما مر ولو كان هذا فى الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعها فى الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال لاحدهما انت حر بعد موتى عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد وصول الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به فى المحفوظ عن ابى يوسف رحمه الله والهبة والتسليم والصدقة بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا اذا قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطئ احديهما لما نبين ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم يعتق الاخرى

عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما
حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق
كما في الطلاق وله ان الملك قايم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي
معينة فكان وطيها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه الا انه
لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة
فيظهر في حق حكم يقبله والوطي يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود
الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استيفاء الملك في الموطوءة
صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل
على الاستيفاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت
غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولدت اولا عتق نصف الام ونصف الجارية
والغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة
الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال

يعتق

وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة ويسعى
في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان
الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين
لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية
لان دعوى الام حرية الجارية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول
في حق حريتهما فعتقا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا منها والمسئلة بحالها
عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في
حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم تظهر في حق الجارية
ولو كانت الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة ثبت عتق
الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه
استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى
قال وان شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند
ابي حنيفة رضي الله عنه الا ان تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق

وان شهدوا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق
احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق
مثل ذلك ويؤمر بان يوقع العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة على عتق
العبد من غير دعوى العبد لا تقبل عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما تقبل
والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب
لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل
الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق عدم الدعوى لا يوجب خللا
في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل
عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى
لما انه تضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج
عنده على ما ذكرنا فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا
في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته
او شهدا على تدبيره في الصحة او في المرض واداء الشهادة في مرض موته او بعد
الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق
في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف
وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما
خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا يقبل
لانه ليس بوصية وقيل يقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى
مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الدار الا انه اسقط
الفعل وعوضه بالتنوين وكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان
في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه
يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه
لما دخل الشرط على الجزاء تاخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت

الشرط وهو الدخول ولا يتناول من اشتريه بعد اليمين ومن قال كل مملوك
لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر
فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل
مدة الحمل بعده وكذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق
والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول
الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة
التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها
وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو بعد غد حر وله مملوك
فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال
حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به للحال وكذا يستعمل له من غير قرينة
وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال وكان الجزاء حرية
المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين
ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى
آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من
الثلث وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف
ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر
له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار
هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث
وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية
بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد بعدها
والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق
يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه
ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة
الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند
الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله

بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة
محض استقبال فافترقا ولا يقال بانكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول
نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب والله
اعلم بالصواب

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على
مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم
وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه
ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل
صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت
مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه
من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال
فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون
اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق
عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان تقول ان اديت الي الفا
فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح
في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين وانما صار
مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي
فكان اذنا له دلالة واذا احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى
الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر
على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا
ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط
الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة
والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود
لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية
والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا
حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ دفعا للضرر عن المولى

حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد
المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للضرر
عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل
نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق
ما لم يؤدي الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا
اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها
بعده لم يرجع عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاذن في قوله ان
اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا لا يقتصر لان اذا يستعمل للوقت
بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت
لاضافة الايجاب لما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما
اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب
التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب
وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا
صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات
من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة
عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا
فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلاف
آخر وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت
يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة
ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول
الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك
على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا
شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه
شيء ويقع العتق على المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف

درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق
جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف
درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه
الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف
واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما
ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت
نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى
في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين والله اعلم بالصواب

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت
حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه
الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته
ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه
تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر
المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة عن ذلك ولنا قوله عليه السلام
المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان
الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال
وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير
السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من
السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد
وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية
عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب
لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت
امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيها ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه
التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير
وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من

الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين سعى
في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته
وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وان علق التدبير
بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس
بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف
المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق موته وهو كاين لا محالة فان مات المولى على
الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير
في اخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن
المقيد ان يقول الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى ماية سنة
ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكاين لا محالة والله اعلم بالصواب

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولها فقد
صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت
بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التميز
بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا
حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما
باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى
اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه ولدا لم يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل
تثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال فيوجب
عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى لانه
فرع النسب فيعتبر باصله قال ويجوز له وطيها واستخدامها واجارتها
وتزوجها لان الملك فيها قايم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا
ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت
النسب بالعقد فلان تثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة
يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة

ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة
الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد تثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد الاعتراف
منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول يعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا
كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج
بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك
ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطيها وحصنها
ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها
ولم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر هكذا روي عن ابي
حنيفة رضي الله عنه وفيه روايتان اخراوان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله
ذكرناهما في كفاية المنتهي فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم الام لان حق الحرية
يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة قن والنسب يثبت
من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق
الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد
وتصير الامة ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد
ابن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن
في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فيقدم على حق الورثة
والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية لما فيه من زوايد الحوايج ولا سعاية
عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا يضمن بالغصب
عند ابي حنيفة رضي الله عنه فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر
لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة
المكاتبة لا يعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رحمه الله يعتق في الحال والسعاية
دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على
حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد
تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع
الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف

الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب
ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان
لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجود الضمان كما في القصاص المشترك
اذا عفى احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية
لانها ام ولد ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت
مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام
ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين
ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت
برقيق فلا تكون ام ولد كما اذا علقت من الزنى ثم ملكها الزاني وهذا لان
امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء للام في تلك الحالة والجزء لا يخالف
الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرناه من قبل والجزئية انما تثبت بينهما
بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه
الواسطة بخلاف الزنى لانه لا نسبة فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني
اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنى لا يعتق
لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطى جارية ابنه
فادعاه يثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة
ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن
قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد واذا وطى
اب الاب مع بقاء الاب لا يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو
كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب
ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد
فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفة ملكه
ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد
لا ينعلق من ماءين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند
ابي حنيفة رضي الله عنه يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل

للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد
ويضمن نصف عقرها لانه وطى جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد
فيتعقبه الملك في نصف صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك
هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة
ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك
الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال
الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القائف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا
ان الولد لا يخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه
وسلم بقول القائف في اسامة بن زيد رضي الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه
الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما
ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة وعن علي رضي الله عنه
مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان
كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فيما يقبل التجزية يثبت في حقهما
على التجزية وما لا يقبل يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا
كان احد الشريكين اب الاخر او كان احدهما مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق
المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور
النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله
عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت الامة ام ولد لهما
لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا
لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الاخر ويرث الابن من
كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان
منه ميراث اب واحد لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطى
المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب
الولد منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي
ولد جارية ابنه وجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب

مكاتبه حتى لا يملكه والاب يملك تملكه له فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه
عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما ذكرنا
وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه
فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له
لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب
لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب
وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس
هي الحلف على امر ماض تعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم بها صاحبها لقوله عليه
السلام من حلف كاذبا ادخله الله تعالى النار ولا كفارة فيها الا التوبة
والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب
هتك حرمة الله وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا
انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية
فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كانت فيها ذنب فهو متاخر
متعلق باختيار مبتداء وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة
ما يحلف على امر في المستقبل مثل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك
لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا
ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه
اليمين نرجو الى ان لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها ويمين اللغو ان يقول والله
انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم
الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد
في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام
ثلثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رحمه الله
يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه انشاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه
مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا يتغير بالاكراه وهو الشرط

وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت
الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين
بالله تعالى او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي
يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى
اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته فصلح ذكره
حاملا ومانعا قال الا قوله علم الله لا يكون يمينا لانه غير متعارف
ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال
وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف
ولان الرحمة قد يذكر ويراد بها اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط
يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي عليه السلام والكعبة
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف
بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن
اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف
القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله
لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر حروف القسم
فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا
ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فيكون الكسرة دالة على المحذوف
وكذا اذا قال لله الباء بتدلها قال الله تعالى آمنتم له آمنتم به قال ابو حنيفة
رضي الله عنه اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله واحدى
الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان
الحق من صفات الله وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف
ولهما انه يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله
قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من
اسماء الله والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف

او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة
في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا
في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا
ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا
قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله وقال بالفارسية
سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم لا يكون يمينا
ولو قال سوكند خوردم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله
لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين
وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا وعهد
الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق
عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر
نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني
او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع
وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال
ذلك لشيء قد فعله فهو يمين الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه
تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه
يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على
الفعل وان قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه
دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط لانه غير متعارف وكذا اذا قال ان
فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او اكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء
تحتمل النسخ والتبديل فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف والله اعلم

فصل في الكفارة

قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها
ما يجزي في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد و
ادناه ما يجوز به الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة
الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية وكلمة

او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة فان لم يقدر على احد الاشياء
الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق
النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات
وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز
السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن
الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه
وقال الشافعي رحمه الله يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو
اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية واليمين
ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه يفضي ثم لا يسترد من
المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه
او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث ثم يكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف
على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر يمينه ولان
فيما قلنا تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا
حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس
باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل الكفارة
لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه
كفارة يمين وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب
المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات
الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم
اذا فعل مما حرمه على نفسه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من
الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل
حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث
كما فرغ من اليمين لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر
رحمه الله وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم

واذا اسقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما
يتناول عادة ولا يتناول المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها
كان ايلاء ولا يصرف اليمين عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب الرواية
ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه
الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه
بردست راست كيرم بروى حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا
من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء بما سمى لقوله عليه
السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط
فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة
او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كله كفارة يمين وهو قول
محمد رحمه الله ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد
كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي
الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى مريضي لانعدام
معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء
الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال
ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع
ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث
لان البيت بناء اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا
او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز
بحيث اذا اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان
دخل صفة يحنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي
والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم
وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا

خربة لم يحنث في يمينه ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت
وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة
ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف
في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر به ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم
بنيت اخرى لما ذكرنا لان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما
او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث لانها لم يبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه
وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به وان
حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال
اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه
يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لان الاسم
لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث
لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف اذا صعد عليه لا يفسد اعتكافه
وقيل في عرفنا يحنث وهو اختيار الفقيه ابو الليث رحمه الله قال واذا دخل
دهليزها حنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق
الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لا يحنث لان الباب لاحراز الدار وما
فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث
بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم
الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج
الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث
وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن
هذه الدار وهو ساكنها واخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رحمه الله يحنث
لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه
فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا
ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال
دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل

كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد
الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي
عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو
كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف
رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية
بمنزلة المصر هو الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل
المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال
ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله
يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا
احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر فان
انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله
من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور
الى الامر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل
لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال
بالامر لا بمجرد الرضاء ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى
حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس
بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج
على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج
ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانها عبارة عن الوصول قال الله
تعالى فاتيا فرعون ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج
وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها
حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف
ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسر

في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على
اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى
وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل وتطلق الاسم على سلامة
الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق يصرف اليه وتصح نية
الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل
لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة
فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج
لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو
قال نويت الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم اخرجت بعدها
بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن
لك ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت
لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر
فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور وتفرد ابو حنيفة رضي الله عنه باظهارها
ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه
ولو قال لرجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله
فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى
الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على الجواب
فيجعل مبتدئا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون
او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا انه اذا كان عليه دين
مستغرق ولم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف
الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فيختل
الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها
يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان
لم ينو لاعتبار حقيقة اداء الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار الرطب تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا من لحم الكبش ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما اذا كان اليمين على الشراء ولنا ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب ما يكون على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحدة مقصودة في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لم يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا فصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا ولا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها حنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه سمي لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية عنه لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل

استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما او لحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الكتاب حنث ايضا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لم يحنث هو الصحيح لتعين المراد مجازا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطايف لم يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمله ولو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقة يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكنس في التنانير

وبباع في المصر ويقال بكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو
على رؤس الغنم والبقر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا على رؤس الغنم خاصة
وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمانهما في الغنم
خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف
لا يأكل فاكهة فاكل رمانا او عنبا او قثاء او خيارا او رطبا لم يحنث واذا اكل
تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله حنث في العنب والرمان والرطب ايضا والاصل ان الفاكهة
اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس
فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى
موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار وغيرهما
من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان
معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها
وابو حنيفة رضي الله عنه يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها
فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس
منها من التوابل ومن الاقوات ولو حلف لا يأتدم فهو على كل شيء اصطبغ به الخبز
فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله
لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم
والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة
ليكون قائما فيه وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا
والخل وغيره من المايعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة
ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينوبه
لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى
فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل
لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث
والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر ويطلق على ما

يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل
كل بلد في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست
او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء
وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور
تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست
ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم تدين في القضاء خاصة لانه نكرة
في محل الشرط فيعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين
في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع
منها كرعا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف
المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث
بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب
من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو
الشرط فصار كما اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء
الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان
كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا
الخلاف اذا كان اليمين بالله واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور
عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور
البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر
في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لتنعقد في حق الخلف
ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه
الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه
الثاني يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقت
ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله
وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه

القرآن في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه
اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب
البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور
فلا يجب البر ويبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف
ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها
وقال زفر رحمه الله لا ينعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة
فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن
حقيقة الا ترى ان الملائكة تصعدونها وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله
تعالى واذا كانت متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز
الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة بخلاف
مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه
لا يتصور فلا ينعقد والله اعلم

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه
ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع
الا انه لم يفهم لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا
رحمهم الله لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته
ولو حلف لا يكلم فلانا الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث
لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو اعلام او من الوقوع في الاذن وكل
ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رحمه الله لا يحنث لان الاذن هو
الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك
الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر
تتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة
حالة بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتأبد اليمين
فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ
القرآن في صلوته لم يحنث فان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتكبير

والتهليل وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله لانه كلام حقيقة
ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه
لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا
لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو
على النهار والليل لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت
قال الله ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين
في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله لا يدين في القضاء
لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة
في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال
ان كلمت فلانا الى ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن
لي فلان او حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث
ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه اسم غاية واليمين باقية قبل الغاية و
منتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت
اليمين خلافا لابي يوسف رحمه الله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم
ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط
فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا
بعينه او امرأة فلان وصديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او
عادا صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل يضاف
الى فلان اما اضافة ملك او نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا
في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله يحنث كالمرأة و
الصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق
مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها ويتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة وجه ما ذكر
هنا وهو رواية جامع الصغير انه يحتمل ان غرضه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه
فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال
عبد فلان هذا او امرأة بعينها او صديقا بعينه لم يحنث في العبد وحنث في

المراة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وان حلف لا يدخل
دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد
وزفر رحمهما الله ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها
قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ولهما
ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادي
لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل المعنى في ملاكها فيتقيد اليمين
بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق
والمراة لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف
اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا
الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف
لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن
حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار
اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين
على ما مر من قبل **فصل** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا
او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل
وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر
وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط
فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة
والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرناه
وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان
بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه
حقيقة كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال
ابو حنيفة رضي الله عنه الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو
الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان الدهر استعمل استعمال

الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين وابو حنيفة رضي الله عنه
توقف في تفسيره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف
في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا
فيتناول اقل الجمع وهو الثلث وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على
عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان الالف واللام للمعهود وهو ما
ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يتلفظ للجمع وذلك
عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود
دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي
حنيفة رضي الله عنه عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله الايام وقالا سبعة ايام
لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام
لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع **باب اليمين في العتق والطلاق**
ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت
وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون
ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة
والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد وكذا لو قال
اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما
بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء
وهي قوة حكمية تظهر في حق دفع تسليط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف
الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه
لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول
اسم لسابق فرد فاذا اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد
في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فان كان قال اول عبد

اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان
وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه
فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون
لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات تحقق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف
بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويعتبر من جميع المال
وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء
غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت ولابي حنيفة رحمه الله
ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا
الاختلاف تعليق تطليقات الثلث به وفائدته تظهر في حق حرمان الارث وعدمه
ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلان فهو حر فبشره ثلثة اعبد متفرقين عتق
الاول لان البشارة اسم لخبر مغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف
وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل واذا
قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط
قران النية بعلة العتق وهي اليمين واما الشراء فشرطه وان اشترى اباه ينوي
عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما ان الشراء شرط
العتق فاما العلة هي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما
منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان
يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار
نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول
لامة استولدها ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود
الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى
اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني
حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة
الى اليمين وقد قارنتها النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة على فتسرى جارية
كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية

منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها
لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر
الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا
ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في
حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء
حتى لو قال ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان
مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود
الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم يدا ورقبة ولا يعتق مكاتبوه الا
ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة
بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له
هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او
لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة
لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق
وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين
لما بينا

باب اليمين في البيع والشرى والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد
وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث
في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد
الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد
بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل
بذلك حنث لان الوكيل في ذلك سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى
الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين
في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله ولو حلف لا يضرب
عبده او لا يذبح شاته فامر غيره بضرب عبده ففعل يحنث في يمينه لان المالك له
ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل

هو مباشر اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا افعل بنفسي دين
في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس
ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به
واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين
ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب
مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن
حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد
عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد
لان منفعة الايتمار عائدة الى الامر فيضاف الفعل اليه ومن قال ان بعت لك هذا
هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم
لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله
بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك
حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم
لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك
بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف
الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين
ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع
والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك ان قال ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه
بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على
اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه كالمنجز والمنجز العتق يثبت
الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته
طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لتحقق الشرط وهو عدم البيع لفوات محلية
البيع واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال في جوابها كل امرأة لي طالق
ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله انها لا تطلق
لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها

فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا
وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح
مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام والله اعلم

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة
ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس
بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولان
الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت
ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك
ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة
بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او الصفا والمروة فلا
شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف
لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا
والمروة لانهما ينفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف
فلا يكون ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان
لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان
هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا
شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكن لا يميز بين
نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه
حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف
لا يصوم صوما او يوما فصام ساعة ثم افطر لم يحنث لانه يراد به الصوم التام
المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى اخر اليوم وصريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي
فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث

ومرهو وعدم انتفاء البيع فيتحقق الشرط وهنا اثباتين على النفي وان المقصود منها على البيع لا اثبات التضحية

بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة
عن اركان مختلفة فما لم يات بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن
واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث
ما لم يصل ركعتين لانه يراد الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيرا

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامراته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته
فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ليس عليه ان يهدي حتى
تغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق بمكة لانه اسم لما يهدى
اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان
اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة عادة يكون من
قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت
من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس
حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله
للرجال والتختم به لقصد التختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا
لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه
لا يتحلى بها عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر
وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام
على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه
وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له
فقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او
حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض
لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير
فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة
كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

باب في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك
فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن
والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة
وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة
وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس
قال وكذلك الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه
والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو وان قال ان غسلتك
فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير
وذلك يتحقق في الميت ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها
حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه
يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت وهو
عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد
ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه
ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل
العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف
ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر
لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد
ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان
بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح
ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا
من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم فان باعه بها عبدا وقبضه
بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وكان شرط القبض
ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة
اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه

لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى
انه اضاف القبض الى دين معرف مضافا اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به وان
قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق
لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ان كان لي
الا مائة درهم فامراته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه
عرفا نفي ما زاد على مائة ولان استثناء المائة استثناؤها متفرقة بجميع اجزائها
وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء والله اعلم

مسائل منثورة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا
فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه
لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث
بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا
ليعلمنه بكل داعر دخل البلدة فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره
او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال السلطنة والزوال بالموت وكذا
بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل بر في
يمينه خلافا لزفر رحمه الله فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع
ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما
البيع معاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا
او ياسمينا لم يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا
ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء
يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق
لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله اعلم بالصواب

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد
للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص
حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصود الاصلي من شرعه الانزجار
عما يتضرر به العباد والطهرة ليست باصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر

قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة
دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما اذا تعلق بوجوبه
مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال
فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنى بقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام
للذي قذف امراته ايت باربعة يشهدون على مقالتك ولان في اشتراط الاربعة
تحقيق معنى الستر وهو مندوب والافشاء ضده واذا شهدوا سالهم الامام
عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى ومتى زنى لان النبي صلى الله عليه
وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب
لانه عساه الفعل في غير الفرج عناه او زنا في دار الحرب او في المتقادم من الزمان
او كانت شبهة لا يعرفها ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك
احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة
وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف
بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم
بخلاف ساير الحقوق عند ابي حنيفة رضي الله عنه وتعديل السر والعلانية نبينه
في الشهادات ان شاء الله وفي الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية
وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف الدين حيث
لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسياتيك الفرق قال والاقرار ان يقر البالغ
العاقل على نفسه اربع مرات بالزنى في اربع مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما
اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر
وغير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يكتفى بالاقرار
مرة واحدة كساير الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور
بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فان النبي عليه
السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها
لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار

اعظاما لامر الزنى وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا
ولان لاتحاد المجالس اثرا فى جميع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فى
الاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضى والاختلاف بان يرده القاضى
كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجئ فيقر هو المروى عن ابى حنيفة رضى الله عنه
لانه عليه السلام طرد ماعزا فى كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة فاذا تم
اقراره اربع مرات ساله عن الزنى ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى ومتى زنى
فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السوال عن هذه الاشياء بيناه فى الشهادة
ولم يذكر السوال فيه عن الزمان وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة
دون الاقرار وقيل لو ساله عن الزمان جاز لجواز انه زنى فى صباه فان رجع
المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او فى وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال
الشافعى رحمه الله وهو قول ابن ابى ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل
برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا
ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة فى
الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه
ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول
له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك مسستها او قبلتها
وقال فى الاصل ينبغى للامام ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا
قريب من الاول فى المعنى

فصل فى كيفية الحدود واقامته

واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا رجم بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام
رجم به ماعزا وقد احصن وقال فى الحديث المعروف وزنا بعد احصان وهذا
اجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ
الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روى عن على رضى الله عنه ولان الشاهد
قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان فى بدايته احتيال للدرء
وقال الشافعى رحمه الله لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن
الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف

فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا
او غابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدا الامام ثم الناس
كما روى عن على رضى الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية
بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنى ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله
عليه السلام لماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط
الغسل كالمقتول قصاصا وصلى عليه لان النبى عليه السلام صلى على الغامدية
بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية
والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ فى حق المحصن فبقى
فى حق غيره معمولا به قال يامر القاضى بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا
لان عليا رضى الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح
وغير المولم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثانى عن المقصود وهو الانزجار
وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان يامر بالتجريد
فى الحدود ولان التجريد ابلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة
فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان
الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا راسه ووجهه
وفرجه لقوله عليه السلام للذى امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج
مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن من فوات
شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف رحمه الله
يضرب الراس ايضا رجع اليه وانما يضرب بسوط لقول ابى بكر الصديق رضى الله عنه
اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال
انه ورد فى حربى كان من دعاة الكفرة والاهلاك مستحق فيه ويضرب فى الحدود
كلها قائما غير ممدود لقول على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما
والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير
ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل فى زماننا وقيل ان يمد
السوط برفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد الضرب وكل ذلك لا يفعل

لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف
ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فينقص
العقوبة لان الجناية عند توافر النعمة افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل
والمراة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المراة لا ينزع من ثيابها
الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول
الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا
ولانه استر لها وان كان حفر لها في الرجم جاز لان النبي عليه السلام حفر للغامدية
الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه
السلام لم يامر بذلك متى كانت مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى
الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى
الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى
الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رحمه الله له ان يقيمه لان له ولاية
مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار
كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد
حق الله لان المقصد منها اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد
فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد
ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا بالغا
مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل
والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل
الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء
من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنى عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم
لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراى متعذر ولان الحرية ممكنة
من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام
يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية
عند توفر الزواجر اغلظ والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا

ابو يوسف رحمه الله في رواية لهما ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين قد
زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله
فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة
الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية
لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة
عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقل ما يرغب
في الصبية الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف
مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرنا
وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة
العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لان النبي عليه السلام لم يجمع ولان
الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها
وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي رحمه الله
يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم
باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا وجعل الجلد كل الموجب رجوعا الى
حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء
من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه
الزنى وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ
كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف
طريقه في موضعه قال الا ان يرى في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى الامام ذلك
وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراى فيه الى الامام
وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم واذا زنى المريض وحده الرجم
رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ
كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد فاذا زنت المراة
الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان
كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس

نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاجيل لاجل الولد وعن ابي
حنيفة رضي الله عنه انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته
لان في التاخير صيانة للولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية
بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد
ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

قال الوطء
الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المراة في القبل
من غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري
عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات
ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى
شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل
دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي
للحرمة في ذاته فلا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين
لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثاني ان ادعى الولد ولا يثبت في الاول
وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاول وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو
اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية
ابيه وامه وزوجته والمطلقة الثلاث وهي في العدة وبائنا بالطلاق
على مال وهي في العدة وام الولد اذا اعتقها وهي في العدة وجارية المولى في حق
العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الاصح و
المستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت
انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع
جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع
قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره
والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد
وان قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رضي الله عنه تثبت

بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا يثبت اذا
علم بتحريمه ويظهر ذلك في كتاب نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله اذا عرفنا
هذا قال ومن طلق امراته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام
حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق
الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف لانه خلاف
لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي فلا حد لان الظن في موضعه لان اثر
الملك قايم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام
الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث
لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الاثار في العدة ولو قال لها انت خلية
او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت
انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب عمر
رضي الله عنه مطلقة رجعية وكذا الجواب في ساير الكنايات وكذا اذا نوى
ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك قال ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد
ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشات عن دليل
وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد قال
ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه قال وان وطئ جارية
ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه
وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين
هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه بالاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا انه
زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل
لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمته وقال
ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا ساير المحارم
سوى الولاد لما بينا قال ومن زفت اليه غير امراته وقلن النساء انها زوجتك
فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه
اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امراته

وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن
ابي يوسف رحمه الله لان الملك منعدم حقيقة قال ومن وجد امراة على فراشه
فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى
دليل وهذا لانه قد ينام في فراشه غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان
اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك
فواقعها لان الاخبار دليل قال ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطئها
لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولكنه يوجع عقوبة اذا علم بذلك
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك
لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف
ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات ادم
قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه
تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت
لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر قال ومن وطئ
اجنبية فيما دون الفرج عزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امراة
في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد
وهو احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام
اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى
الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما
لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع
الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه
النسب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى
الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر

عنده لما بينا قال ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه
جناية في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه
او غاية الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه يذبح
البهيمة ويحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب قال ومن زنى في دار
الحرب او دار البغي ثم رجع الينا لا يقام عليه الحد وعن الشافعي رحمه الله يحد
لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود
في دار الحرب ولان المقصود الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى
الوجوب عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة
ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في
معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة
قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فزنى بذمية او ذمي زنى بحربية يحد الذمي
والذمية عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله
في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله
وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف رحمه الله يحدون كلهم وهذا قوله الاخر
لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان
الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب
لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر
من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به
وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع
في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنى
محض حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق ان الاصل في باب الزنى فعل الرجل
والمراة تابعة على ما نذكر ان شاء الله فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في
حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى
البالغ بصبية او مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله
ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرايع

على اصلنا والتمكين من فعل هو زنى موجب الحد عليها بخلاف الصبي والمجنون
لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة
عنده وعند محمد رحمه الله لا تحد قال واذا زنى الصبي والمجنون بامراة طاوعته
فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد عليها وهو رواية
عن ابي يوسف رحمه الله وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل
خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا
العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنى يتحقق منه
وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمراة موطوءة ومزنيا بها الا
انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية او لكونها مسببة
بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنى وهو فعل من يخاطب بالكف عنه
مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ومن اكرهه
السلطان على زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رضي الله عنه يقول اولا يحد وهو
قول زفر رحمه الله لان الانتشار في الالة دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه
لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة وان اكرهه غير
السلطان حد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما
قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك ويتحقق من غيره وله انه من غير
لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان وبجماعة المسلمين ويمكنه دفعه
بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه
الاستغاثة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه قال ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة
انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه
وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث
شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فانه
يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنى لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد
منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لانه تقرر ضمان القيمة بسبب تملك
الامة وصار كما اذا اشتراها بعدما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب

الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان
قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان موجبا فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق
لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها
معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد
لان الملك هناك ثبت في الجثة العمياء وهو عين فاورث شبهة قال وكل شيء صنعه
الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال
لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه
لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة
المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه
حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته
بعدهم عن الامام لا تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير
واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنى بعد حين لم يؤخذ به ويضمن
السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى يبطل بالتقادم خلافا للشافعي
رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد
مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فان كان التاخير لاختيار الستر فالاقدام
على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير
فيها لا للستر يصير فاسقا اثما فيتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي
نفسه فحد الزنى وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار
فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما ذكرنا من دفع العار عنه
ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى
فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة
لان الدعوى فيه ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما يشترط
للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان
السرقة تقام على الاستسرار على غيبة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان

يصير فاسقا انما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد
القضاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد
تقادم الزمان لا يقام عليه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في
حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار
الطحاوي رحمه الله وابو حنيفة رضي الله عنه لم يقدر في ذلك وفوضه الى راى القاضي
في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الصحيح وهذا اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة
شهر اما اذا كان يقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم
في حد الشرب كذلك عند محمد رحمه الله وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما ياتي ان شا الله
قال واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وهي غايبة فانه يحد وان شهدوا انه
سرق من مال فلان وهو غايب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط
في السرقة دون الزنى وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة بالموهوم قال فان شهدوا
انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته او امته بل هو الظاهر وان اقر
بذلك حد لانه لا يخفى عليه امراته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة وآخران
انه استكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما عند ابي حنيفة وهو قول زفر رحمهما الله وقالا يحد
الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه
بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما
وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي
الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان
زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك قال وان شهد اثنان انه
زنى بامراة بالكوفة وآخران انه زناها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به
فعل الزنى وقد اختلف باختلاف المكان فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة
ولا يحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والصيغة
والمراة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة معناه ان يشهد كل واحد على
الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة

ووجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية
والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب ولان الواقع في وسط البيت فيحسبه من
في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسبه ما عنده وان شهد
اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع
الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد
الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق قال وان شهد
اربعة على امراة بالزنى وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنى لا يتحقق
بالبكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن
حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلهذا يسقط الحد عنهما ولا يجب
عليهم قال وان شهد اربعة على رجل بالزنى وهم عميان او محدودون في قذف
او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه
لانه لم يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة
والعبد ليس من اهل التحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنى لان الزنا يثبت بالاداء
وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل
التحمل والاداء وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى
القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور
لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسياتي فيه خلاف
الشافعي رحمه الله بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد
عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة لهم
عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها قال وان شهد
اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف
فانهم يحدون لانهم قذفوه اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال
ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رحمه الله معناه اذا كان جرحه
وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون

عنه وعندهما يضمنون ولهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز
عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون
بالرجوع وعند عدم الرجوع على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي
وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان الواجب هو الحد وهو ضرب مولم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا
ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه
الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة قال وان شهد اربعة
على شهادة اربعة على رجل بالزنى لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة
الى تحملها فان جاء الاولون وشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا
معناه شهدوا على ذلك الزنى بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة
الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود
لان عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهه وهي كافية لدرء
الحد لا لايجابه قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنى فجلد فكلما رجع واحد حد
الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة
ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله
يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات
ان شاء الله واما الحد فمذهب الثلثة وقال زفر رحمه الله لا يحد لانه ان كان قاذف
حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك
شبهة ولنا ان الشهادة انما ينقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل
للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليها وهو القضاء في حقه
فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره حيث لا يحد القاذف لانه غير محصن
في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم
حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله حد الراجع خاصة
لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء
ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط

عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله
يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما
يصير شهادة باتصال القضاء فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون قال فان كانوا خمسة
فرجع واحد منهم فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادتهم كل الحق وهو شهادة الاربع
فان رجع الاخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فانه بقي
من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف
قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود عبيدا ومجوس فالدية
على المزكين عند ابي حنيفة رضي الله عنه معناه اذا رجعوا عن التزكية وقالا على بيت
المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود
خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة
انما يصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم
اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينهما اذا شهدوا بلفظة
الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم
عدول فظهروا عبيدا فلا يضمنون لان العبيد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود
لانه لا يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات
فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل
عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية في ماله وفي القياس يجب
القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح
ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة
لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه
حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب
في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت
المال لانه امتثل فعل الامام فنقل فعله اليه ولو باشره الامام بنفسه يجب الدية
في بيت المال كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم ياتمر امره قال واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح لهم نظرهم

ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة قال واذا شهد اربعة على
رجل بالزنى فانكر الاحصان وله امراة ولدت منه رجم معناه ينكر الدخول
بعد وجود ساير الشرايط لان الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا
لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم يكن ولدت منه وشهد عليه
بالاحصان رجلان او رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله
فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رحمه الله يقول
انه شرط في معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة
العلة فلا تقبل شهادة النساء احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى
عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنى لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن
الخصال الحميدة وانها مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة فصار كما
اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت
سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون
عندنا خلافا لزفر وهي فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها يوجد وجاؤا به سكرانا وشهد الشهود بذلك عليه
فعليه الحد وكذا اذا اقر وريحها موجود منه لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم
العهد والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه قال
وان اقر بعد ذهاب ريحها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله يحد وكذا اذا شهدوا عليه بعد ذهاب ريحها والسكر لم يحد عندهما خلافا
لمحمد رحمه الله فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده
اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرايحة قد تكون من غيره
كما قيل شعر يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا
وعندهما يقدر بزوال الرايحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فان وجدتم فيه رايحة
الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير
بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروايح ممكن للمستدل وانما يشتبه على
الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر

تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرايحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين ولا اجماع الا براي ابن مسعود رضي الله عنهما وقد شرط قيام
الرايحة على ما رويناه قال فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به
من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لانه
عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله قال ومن سكر من النبيذ حد
لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وبنبين الكلام في حد
السكر ومقدار حده والمستحق ان شاء الله تعالى قال ولا حد على من وجد منه رايحة
الخمر او تقياها لان الرايحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه او اضطرار ولا
يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب
الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر
تحصيلا لمقصود الزجر وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة
رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية
وعن محمد رحمه الله لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا
اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا قال وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق
منصف على ما عرف قال ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه
خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه عمله بخلاف ساير الحدود ويثبت الشرب
بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعند ابي يوسف رحمه الله يشترط
الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى
قال ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال
والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل
الرجل من المراة قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا هو الذي
يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ رحمهم الله
وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحدود ونهاية السكر ان يغلب
السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة
الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط

والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيه وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت بتفاوت الاشخاص فلا معنى لاعتباره قال ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب على نفسه في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في ساير تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

واذا قذف رجل رجلا محصنا او امراة محصنة بصريح الزنى وطلب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانون سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنى بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنى ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنى ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع منه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنى اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحراير والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنى منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار بالنسبة الى الزنا ولان القاذف صادق فيه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له حد وان قال في غير غضب لم يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فياخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قال وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع قال ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم عليه بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه يسمى حدا والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام فاذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع

لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه
لانه لا ولاية للعبد باستيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور
الذي تخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق
العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح
عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري
وعن ابي يوسف رحمه الله في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله ومن اصحابنا من قال
ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع
لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص
حق الله لانه لا مكذب له فيه قال ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه
في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل
يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفا
لقب به لصفائه وسخائه قال وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس
بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فقوله تعالى واله اباءك
اسماعيل واسحق واسمعيل كان عما له والثاني قوله عليه السلام الخال اب والثالث
للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت به صعود الجبل حد وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود
حقيقة قالت امراة من العرب شعر وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل
يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز
الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا
قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على
اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي
ذكرناه ومن قال لاخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زاني
اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني
ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المراة ولا لعان لانهما قاذفان
وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان

المحدود في القذف ليس باهل ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان
في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها
يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنى قبل النكاح
فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت
زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة
وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلناه
قال ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار
قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه
حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب
يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره
سابقا ولاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد فان قال
ليس بابني ولا ابنك فلا حد عليه ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا
ومن قذف امراة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او
قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة الولد الذي
لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط وان قذف امراة لاعنت بغير ولد
فعليه الحد لانعدام امارة الزنى قال ومن وطئ وطئا حراما غير ملكه لم يحد قاذفه
لفوات العفة ومن شرط الاحصان لان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ
وطئا حراما لا يجب الحد بقذفه لان الزنى هو الوطئ المحرم لعينه وان كان محرما لغيره
يحد لانه ليس بزنى فالوطئ في غير الملك من كل وجه حرام لعينه وكذا الوطئ في الملك
والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره فابو حنيفة رضي الله عنه
يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور ليكون ثابتة
من غير تردد وبيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين اخر فلا حد عليه لانعدام
الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام
الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته المجوسية او امراته وهي
حايض او مكاتبته فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت

الحرمة لغيره فلم يكن زنى وعن ابي يوسف رحمه الله ان وطئ المكاتبة يسقط
الاحصان وهو قول زفر رحمه الله لان الملك زائل في حق الوطئ ولهذا يلزم العقر
بالوطئ ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف
رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح
قال وان قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية
لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم
حد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي
بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل
الحربي دارنا بامان وقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق
العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه اذى
قال واذا حد المسلم في قذف سقط شهادته وان تاب وقال الشافعي رحمه الله
يقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته
على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت
شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه الشهادة استفادها بعد الاسلام
فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته
لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق وكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده
قال وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة
متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة
صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول
اصح قال ومن شرب وزنى وقذف غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخران
فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن
شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وسرق وقذف وشرب
لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب
فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رحمه الله ان اختلف
المقذوف والمقذوف به وهو الزنى لا يتداخل لان المغلب حق العبد عنده

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا
عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير
وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق
لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه
يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية
الرأي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق به الشين للتيقن
بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء
والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا
احسن قال والتعزير اكثره تسعة وثلاثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال
ابو يوسف رحمه الله يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه
السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فاذا تعذر تبليغه حدا فابو
ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك
اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله قال اقل الحد في الاحرار اذ
الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس
وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى
في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وقد ذكر مشايخنا رحمهم الله
ان ادناه على ما يراه الامام يقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف
الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب
كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد
القذف قال وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه
صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه
ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير
قال واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف
من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق
على الاعضاء قال ثم حد الزنى لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول

الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب
لان سببه متيقن به قال ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا
لانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف قال
ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل
المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر
زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق
وقال الشافعي رحمه الله يجب في بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير
للتاديب غير انه يجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين فيكون
الغرم في مالهم قلنا ما استوفي حقا لله بامره صار كان الله تعالى اماته من غير
واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع
قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على
ما ياتيك ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء
لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار
وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق
باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال واذا سرق
البالغ العاقل عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز
لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا
ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا يتحقق بدونهما
والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات يفتر عن الحقير
وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة
دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله بربع دينار وعند مالك رحمه الله بثلثة
دراهم لهما ان القطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن
واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان
الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

اثني عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى
احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تايد
ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق
على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروبة كما قال في الكتاب وهو ظاهر
الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة
مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة لانه هو المتعارف في عامة البلاد
وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها
وان كان ذهبا قال ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه
ان شاء الله قال والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف
متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا باقراره مرتين
ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين ولانه احد الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة
كذلك اعتبرنا في الزنى ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص
وحد القذف فلا اعتبار بالشهادة لان بالزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب
ولا يفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمه وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار
والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة
في الزنى على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص قال ويجب بشهادة شاهدين
لتحقق الظهور كما في ساير الحقوق وينبغي ان يسالهما الامام عن كيفية السرقة
وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود قال ويحبسه
الى ان يسال عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل
واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا تقطع لان الموجب سرقة النصاب
ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه والله اعلم بالصواب

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد
والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عايشة رضي الله عنها قالت

كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه
اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل
الرغبات فيه والطباع لا تضن فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى
شرع الزاجر ولهذا لا يجب القطع ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص
الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير
يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث
الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج و
البط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي
رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن
واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار
وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه
الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر
اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر
واذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة لان الذي يؤويه الجرين
في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع
الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول
في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة
عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان
عليه حلية وقال الشافعي رحمه الله يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي
يوسف رحمه الله يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها
وجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على
اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر
بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا قطع في ابواب
لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب

المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج
ولا النرد لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم التي عليها التمثال
لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا كان
الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز
قال ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلية
تبع له ولانه يتأول في اخذ الصبي اسكاته وحمله الى مرضعته وقال ابو يوسف رحمه الله
يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا
اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد
نفسه قال ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة
العبد الصغير لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في
اعتبار اليد وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم
استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به
او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية قال ولا قطع في الدفاتر
كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد
بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها
ما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب
فاورث شبهة قال ولا قطع في سرقة دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما
لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول الكسر ويقطع في الساج والقنا
والآبنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا يوجد بصورتها
مباحة في دار الاسلام قال ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لان
هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد مباحة الاصل بصورتها في دار
الاسلام غير مرغوب فيها فصار كالفضة والذهب قال واذا اتخذ من الخشب اواني
او ابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف
الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصير البغدادي
قالوا يجب القطع بسرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب

وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته
قال ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه
مجاهر بفعله كيف وقد قال عليه السلام لا قطع على خائن ولا مختلس ولا منتهب
قال ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال
متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي
وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت
حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار
لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة
وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت
في القافلة لما بينا قال ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة
وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما بينا ومن له على آخر دراهم
فسرق منه مثلها لا يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء
استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه
بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية
الاستيفاء الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان له ان
ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا قلنا هذا قول لا يستند الى
دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد
لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع
لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق
عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان
يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله
عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى
بل اقبح لتقدم الزاجر فصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه
ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف

من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة
السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر
لان الملك قد اختلف لاختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة
الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود
في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه
وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به
وهذا علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل
فوجب القطع ثانيا والله اعلم

فصل في الحرز والاخذ

قال ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لا يقطع فالاول هو الولاد
للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع
النظر الى موضع الزينة الظاهرة فيها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة
وفي الثاني خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق
ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاعا لغيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من
بيت غيره لا يقطع اعتبارا للحرز وعدمه قال وان سرق من امه من الرضاع قطع
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة
بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة
والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبت بالزنى والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك
الاخت بالرضاعة وهذا لان الرضاعة قلما تشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف
التهمة بخلاف النسب قال واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيده
او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق
احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الاختلاف في الشهادة
قال وان سرق المولى من مكاتبه لا يقطع لان له في اكسابه حقا وكذا السارق من
المغنم لان له فيه نصيبا وهو الماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا قال والحرز
على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رحمه الله الحرز

لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد
للاحراز للامتعة وحفظها كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون
بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع النبي
عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز
بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له
باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء للاحراز الا انه لا يجب
القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع
فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ
مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا
له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف
ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده
يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين قال ولا قطع على من سرق من حمام او من
بيت اذن للناس بالدخول فيه لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز
ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال
وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده يحفظه قطع
لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف
الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان
حرزا ولا يعتبر الاحراز بالحافظ قال ولا قطع على الضيف ممن اضافه لان البيت
لم يبق في حقه حرزا لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة
لا سرقة قال ومن سرق سرقة ولم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد
فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتمكنت شبهة عدم
الاخذ واذا كان دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار يقطع لان
كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة
فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ فناوله آخر خارج الدار
فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل

خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف
رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج
يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي ان شاء الله تعالى
وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع خلافا لزفر رحمه الله هو يقول الالقاء
غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة وكما لو اخذه غيره ولنا
ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او التفرغ لقتال صاحب
الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم
ياخذها فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار وساقه واخرجه لان سيره
مضاف اليه لسوقه قال واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا
قال رضي رحمه الله وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله
لان الاخراج منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة
الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع
فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا
لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز
فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخذ الغطريفي ولنا
ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن
اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون
الاخذ بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لانه ذلك هو المعتاد قال وان طر صرة
خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع لان في الفصل الاول الرباط من
خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من
داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز فهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم
الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع
على كل حال لانه اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع
المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق قال وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع
لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب

يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال
من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق
في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ
من الحرز فيقطع قال وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او
نايم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى
يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد
والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه منه على ما اخترناه
من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نايم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا
يؤيد ما قدمناه من القول المختار **فصل في كيفية القطع واثباته**
قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع ما تلوناه من قبل واليمين
لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليه الى الابط
وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بقطع السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه
ولانه لو لم يحسم تفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف وان سرق ثانيا قطعت
رجله اليسرى وان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان
ويعزر ايضا ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة يقطع يده
اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو
مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فيكون ادعى الى
شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل
بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم
فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد
زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد
فيستوفي ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله او يحمله على السياسة
قال واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى

لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كان رجله اليمنى
شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او اصبعان منها
سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبعة واحدة سوى الابهام
مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف
فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش قال واذا قال
الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره فلا شيء عليه عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا لا شيء عليه في الخطاء ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله
يضمن في الخطاء ايضا وهو القياس والمراد هو الخطاء في الاجتهاد في معرفة اليمين
واليسار فلا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ
في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطاء في اجتهاده اذ ليس في النص
تعيين اليمين والخطاء في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير
حق ولا تاويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات كان ينبغي ان
يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رضي الله عنه انه اتلف واخلف
من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم
رجع وعلى هذا لو قطع غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق
يساره وقال هذا يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده على
السارق ضمان المال لانه لم يقطع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة وعلى
طريقة الاجتهاد لا يضمن قال ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب
بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله في الاقرار لان الجناية على ملك الغير لا يظهر الا بخصومته
وعندنا اذا غاب عند القطع كذلك لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود
وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة
ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يقطع بخصومة
الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع
والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع

بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال
قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له بالمطالبة بالعين بدونه والشافعي
رحمه الله بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله
يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق القطع
لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهر عند
القاضي بحجة شرعية وهو شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ لا اعتبار
لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط
العصمة ضرورة الاستيفاء فلم تعتبر ولا معتبر لشبهة موهومة الاعتراض كما
اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت
شبهة الاذن في دخوله الحرز ثابتة قال وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم
يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق
حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبه في نفسها وللاول ولاية الخصومة
في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع
الاول او بعد ما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم
ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب قال ومن سرق سرقة فردها على المالك
قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما
اذا رده بعد المرافعة وبعد قضاء القاضي وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور
السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة
بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا قال
واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذا
اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي
يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام
الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع
الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله وهو ظاهر عنده
واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها

منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء
بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه
عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب
عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا
ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة
معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد
الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة
وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار
قال واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل
في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة
فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد شاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفة
الاخر رضي الله وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة
وجه قول الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث
الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر قال واذا اقر العبد المحجور
عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع والعشرة للمولى وقال
محمد رحمه الله لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر
بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر
رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود
والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير
غير مقبول الا ان الماذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا
عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ونحن نقول بصحة اقراره من حيث انه
ادمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل
عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير ولمحمد رحمه الله في المحجور عليه ان اقراره بالمال

باطل ولهذا لا يصح الاقرار منه بالغصب فبقي مال المولى ولا قطع على العبد في سرقته
يؤيده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى يسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت
المال دونه وفي عكسه لا يسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف
المأذون له لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف
رحمه الله انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على
المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد
سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب
حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا
فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع
حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر
لان القطع يجب بالسرقة من المستودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو
صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين
قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا
الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعن ابي
حنيفة رضي الله عنه وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال
الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان القطع حق
الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار
كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام
لا غرم على السارق بعد ما قطعت يده ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه
باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما
يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان
مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشارع كالميتة ولا ضمان
فيه الا ان العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة
ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور
ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق

الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن
سرق سرقات فقطع لاحدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان
حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها
لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة ليظهر السرقة ولم يظهر
من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب
بالكل قطع واحد حقا لله لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط لظهوره
عند القاضي اما الوجوب بسبب الجناية فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب
الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب
كلها لواحد فخاصمه في البعض والله اعلم **باب ما يحدث
السارق في السرقة** قال ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه
وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لان فيه
شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة فيملك المضمون وصار
كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ولهما ان الاخذ وقع سببا للضمان
لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك
واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه
بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار
تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع
بالاتفاق لانه يملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث
شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا يقطع بالاتفاق
لانعدام سبب الملك وليس له اختيار تضمين قال فان سرق شاة فذبحها ثم
اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة
يجب فيه القطع فصاغه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير الى
المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا سبيل للمسروق منه
عليها واصله في الغصب وهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب

الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل
القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا اخر فلم يملك عينه قال وان
سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فيه لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤخذ الثوب ويعطي
مازاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قايما وكون
الصبغ تبعا ولهما ان الصبغ قايم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا
يضمن مازاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قايم صورة لا معنى الا ترى انه
غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان
حق كل واحد قايم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك
بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه هذا والاول سواء لان السواد زيادة
عنده كالحمرة وعند محمد رحمه الله زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك
وعند ابي حنيفة رضي الله عنه السواد نقصان فلا يوجب انقطاع المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او
او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا
ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة فان اخذوا مال مسلم او ذمي
والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ
قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا
قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
الاية والمراد فيه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة
ورابعها نذكرها ان شاء الله ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال واللايق تغلظ
الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور ولانه نفي عن وجه
الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط
القدرة على الامتناع لان المحاربة لا يتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها
لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي ليكون العصمة مؤبدة ولهذا

لو قطع على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في كل واحد كيلا يستباح
طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى لئلا يؤدي
الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بينا لما تلوناه ويقتلون حدا حتى
لو عفى الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا
واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم
وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل ويصلب
ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في
النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت
لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد
والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كان في الصغرى حدين والتداخل في الحدود
لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به
غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه
ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي والطحاوي
رحمهما الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب
على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام
لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبته
حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما قلنا والنهاية غير مطلوبة
قال واذا قطع القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد
بيناه وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه حد المحاربة وهي
تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط
القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو
سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد
جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك للاولياء
لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرنا فيستوفيه الولي وان

اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد
حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال وان اخذ بعدما
تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في
هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة يتوقف
على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي
القصاص او يعفوا ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه قال واذا كان
في القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين
فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف انه لو
باشر العقلا يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشرة اصل والردء
تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التابع وفي عكسه ينعكس المعنى
والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان
فعل الباقين بعض العلة ولانه يثبت الحكم فصار كالخاطي مع العامد واما ذو
الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه
مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع
في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة
وهو يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط
الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا فان شاؤا قتلوا وان
شاؤا عفوا عنه قال واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان
الحرز واحد فصار القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر
او بين الحيرة والكوفة فليس بقاطع استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق
وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب
اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا
بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث
يبطي بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق يقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر
وبقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق

الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى
الاولياء لما بيناه قال ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين ذلك في الديات ان شاء
الله وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع
شره بالقتل والله اعلم بالصواب

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي عليه السلام
في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين
اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى
يوم القيامة اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو فساد
في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود
بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم
جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد
من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض
الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد
واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة
الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم تبدؤا للعمومات ولا يجب
الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امراة لتقدم حق المولى والزوج
ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم قال فان هجم العدو على بلد وجب على جميع
الناس الدفع يخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن السيد لانه صار فرض
عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم
بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج
ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت
المال معد لنوايب قال واذا لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع
الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من صفوان

وعمر رضي الله عنه كان يعزى الاعرب عن ذي الحليلة ويعطى الشاخص فرس
القاعد

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار
الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس ان النبي
عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم
لحصول المقصود وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى
يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر النبي صلى الله عليه
وسلم امراء الجيوش ولانه آخر ما ينتهي به القياس على ما نطق به النص وهذا في حق
من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة
في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم
او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله
عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل
القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان
يقاتل من لم يبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في
وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون
انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفي
مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو
الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النساء والصبيان قال ويستحب ان يدعو
من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام
اغار على بني المصطلق وهم غارون (غافلون) وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنا
صباحا ثم يحرق والغارة لا يكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم
وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك ادعهم
الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولان الله تعالى
هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا
عليهم المجانيق كما نصب النبي صلى الله عليه وسلم على الطائف وحرقوهم لانه عليه
السلام احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا

زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق
جمعهم فيكون مشروعا قال ولا بأس برميهم وان كان فيهم اسير مسلم او تاجر
لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر
ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه قال
وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن قتالهم لما بينا
ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة
بحسب الطاقة وما اصابوا منهم لا دية ولا كفارة عليهم لان الجهاد فرض والغرامات
لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء
نفسه اما الجهاد مبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال ولا بأس باخراج
النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو
السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه
تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون
بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن
في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا
قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعريض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم
لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة واما الشواب فقرارهن في البيوت
ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل على ضعف المسلمين الا عند الضرورة
ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون
الحرائر قال ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا
الا ان يهجم العدو للضرورة قال وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا
لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم
والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي
المتاخر هو المنقول قال ولا يقتل المرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى ولا مقعدا
لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق
والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي رحمه الله يخالفنا

فى الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبى
عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذرارى وحين راى عليه امراة مقتولة
قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راى
فى الحرب او تكون امراة ملكة لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من يقاتل من هؤلاء
دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل مجنون لانه غير مخاطب الا ان
يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبى والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما
لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن
ويفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح قال ويكره ان يبتدى الرجل اباه المشرك فيقتله
لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه
الاطلاق فى افنائه فان ادركه امتنع عنه حتى يقتله غيره ولان المقصود يحصل
بغيره من غير اقتحامه المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله
لا باس لان مقصوده الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه
دفعه الا بقتله لا باس بقتله لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا راى الامام ان يوادع اهل الحرب او فريقا منهم وكان
فى ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع
النبى عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين
ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود هو دفع الشر وانه
حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما
اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى قال وان صالحهم مدة ثم راى نقض
الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التى كانت بينه
وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كانت النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد
صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام فى العهود
وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى فى ذلك
بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف بلاده لان بذلك
ينتفى الغدر قال فان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم

لانهم صاروا ناقضين للعهود فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة
منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم
منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم لانه بغير
اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين
للعهد لانه باتفاقهم معنى قال واذا راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ
على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال ولكن هذا
اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ من المال
يصرف الى مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه فى معنى
الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقى
بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى قال واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظروا
فى امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا فى اسلامهم ولا ياخذ
عليهم مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير
معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون
اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا
خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن ولا ينبغى ان يباع السلاح من
اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبى عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب
ولا يحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع عن ذلك وكذا الكراع لما
بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض
او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس فى الطعام والثوب الا انا عرفناه
بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليهم

فصل

واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم
ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافؤ
دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اى اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه
اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان
سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال

حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة نبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام

الآان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى مصلحة
في النبذ وقد بيناه قال ولو حاصر الامام لا فتيانه على رأيه بخلاف ما
اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا قال ولا يجوز
امان ذمي لانه متهم به وكذا لا ولاية له على المسلم قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم
لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران
عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا
فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا
لا يصح امانه لما بينا قال ولا يجوز امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
الا ان ياذن له مولاه وقال محمد رحمه الله يصح وهو قول الشافعي وابو يوسف رحمه الله
معه في رواية ومع ابي حنيفة رضي الله عنه في رواية لمحمد رحمه الله قوله عليه السلام
امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا
بالماذون له في القتال وبالمؤيد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد
عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين واقامة المصلحة
في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه
من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رضي الله عنه انه محجور
عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلا يلاقي الامان محله بخلاف الماذون
في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق
المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه
لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون له لانه رضي به
والخطاء نادر لمباشرته القتال بخلاف المؤيد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة
الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك واسقاط
الفرض نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل
وهو محجور عن القتال فهو على الخلاف واذا كان ماذونا في القتال فالاصح انه
يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح بلدة
عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعله النبي عليه السلام
بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج وكذلك
فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه
وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني
عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد
لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع منه وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله
لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج
غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة
عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة
والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل
مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما
يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم
لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان
فيه رفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان تركهم احرارا ذمة للمسلمين
لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله قال ولا يجوز ان يردهم
الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر
بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم
قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد قال ولا نفادي بهم اسارى المسلمين عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا نفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي رحمه الله
لان فيه تخليص المسلمين وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة
الكفرة ولانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه
اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم
مضاف الينا اما المفاداة بمال ناخذه منهم فلا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا
وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر
ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا
اذا طابت نفسه به وهو مامون على اسلامه قالوا لا يجوز المن عليهم اي على

الاسارى خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول من النبي عليه السلام على بعض
الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين ولانه بالاسر والقسر
ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه
منسوخ بما تلوناه قال واذا اراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر
على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولم يعقرها ولا يتركها وقال
الشافعي رحمه الله يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لماكلة
ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء
ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف
التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة
ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار تفويتا للمنفعة عليهم
قال ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي
رحمه الله لا باس بذلك واصله ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار
الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها
في كفاية المنتهي بتوفيق الله هو يقول ان سبب الملك الاستيلاء على مال مباح كما
في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي
عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة
بيع معنى فيدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني
منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب
الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه
وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله فانه قال على قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل
ان يقسم في دار الحرب ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد
عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر
سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك
اذا لم يقاتل لمرض وغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان

يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي رحمه الله بعد انقضاء
القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز
او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك في الغنيمة
فتنقطع شركة المدد قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا و
قال الشافعي رحمه الله في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد
الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم يوجد المجاوزة على قصد
القتال فانعدم سبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر او تاويلها ان
يشهدها على قصد القتال قال واذا لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها
بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها
قال رحمه الله هكذا ذكر في المختصر (قدوري) ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير
والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة
والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان
للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا
انفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير
لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص قال ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة
في دار الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لما بينا من الاصل
ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها
الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز
وانما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله ومن مات بعد استقرار الهزيمة يورث
نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب
ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رحمه الله ارسله ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها
في اخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب
وجه الاخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان
الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت

نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة
بخلاف السلاح لانه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد يمس اليه فيعتبر حقيقتها
فيستعمله ثم يرده الى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز
واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملون الحطب وفي بعض
النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك
ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتاويله اذا احتاج اليه بان
لم يكن له سلاح وقد بيناه قال ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك ولا يتمولونه لان
البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام
وقوله لا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه
لا ضرورة الى ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة
واما الثياب والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك
الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الدواب والثياب
والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل
وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق
في الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين واذا احتاج الكل
يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه
من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه
لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون
باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له
ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم
او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء
وقال الشافعي رحمه الله هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد
اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل
هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف
الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما

وعند محمد رحمه الله تثبت قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام
وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا
انه جزؤها فيسترق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه
حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية
ومن قاتل من عبده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم
وما كان من ماله في يد حربي غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان
غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقالا لا يكون فيئا كذا ذكر الاختلاف في
السير الكبير وذكر في شرح جامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رحمهما الله لهما
ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه
مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست
بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره
وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك
وليس في يده حكما فلم تثبت العصمة قال واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز
ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها
ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام
قال ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم يقسم وعن الشافعي
رحمه الله مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة
الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة
تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة
لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان
كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام
القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس
ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها ثم للفارس
سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو

قول الشافعي رحمه الله لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغنا وغناؤه على
ثلثة امثال الراجل لان للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة
رضي الله عنه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطى
للفارس سهمين وللراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله للفارس سهمان
وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قسم
للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر
من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه
يتعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس
سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد وكان استحقاقه على ضعفه
قال ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روى ان
النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما
ان البراء بن اوس قاد فرسين فلم يسهم النبي عليه السلام الا لفرس واحد
ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا
الى القتال عليهما فيسهم للواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول
على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل قال والبراذين
والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به الاية واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب
والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى
فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا
ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه (هلك) استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا
فاشترى فرسا استحق سهم الراجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه وهكذا روى
ابن المبارك عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الفصل الثاني انه استحق سهم الفرسان
والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب
هو القهر والقتال فيعتبر حالة الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب

كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه
ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة
نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها
ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حالة التقاء
الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد
القتال فيعتبر حال الشخص حال المجاوزة فارسا او راجلا ولو دخل فارسا وقاتل
راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه
او وهبه او اجره او رهنه ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه يستحق سهم
الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الراجل لان الاقدام
على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه
بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه في حالة القتال عند البعض
والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته
قال ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي لكن يرضخ (يعطى قليلا) على حسب ما يرى
الامام لما روى انه عليه السلام كان لا يسهم الصبيان والعبيد وكان يرضخ
لهم ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم
لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس باهله والمراة والصبي عاجزان عنه ولهذا
لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على
القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم
عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل
لخدمة المولى فصار كالتاجر والمراة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على
المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال
بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل
على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد له على السهم في الدلالة
اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول
ليس من عمل الجهاد ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد قال واما الخمس

فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل
فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم شيئا وقال الشافعى
رحمه الله لهم خمس الخمس يستوى فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى عبد المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذى
القربى من غير فصل بين الغنى والفقير ولنا ان الخلفاء الراشدين الاربعة رضى
الله عنهم قسموه على نحو ما ذكرنا وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بنى
هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس
والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء والنبى عليه السلام
اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال انهم لن يزالوا معى هكذا فى الجاهلية و
الاسلام وشبك بين اصابعه وبهذا تبين ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب
القرابة قال فاما ذكر الله تعالى فى الخمس فلانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه
وسهم النبى عليه سقط بموته كما سقط الصفى لانه عليه السلام كان يستحقه
برسالته ولا رسول بعده والصفى شىء كان الرسول يصطفيه لنفسه من الغنيمة
مثل درع او سيف وجارية وقال الشافعى رحمه الله يسهم الرسول الى الخليفة والحجة
عليه ما قدمناه وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى عليه السلام
بالنصرة لما رويناه وبعده بالفقر قال رحمه الله هذا الذى ذكره قول الكرخى رحمه الله
وقال الطحاوى رحمه الله سهم الفقير ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه
معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرم كما حرم الغسالة وجه الاول وقيل هو
الاصح لما روى ان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط
حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون فى اصناف الثلثة قال واذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان
الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل
الواحد والاثنان باذن الامام فيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن
لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة وان دخلت جماعة لها
منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم يأذن الامام لانه مأخوذ قهرا وغلبة فكان

غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف
الواحد والاثنين لانه لا يجب نصرتهم **فصل** قال ولا بأس بان
ينفل الامام فى حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه
او يقول لسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض
مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبى حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض
ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغى للامام ان ينفل بكل
المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه
وقد يكون المصلحة فيه قال ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق
الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين فى الخمس واذا
لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فى ذلك سواء وقال
الشافعى رحمه الله السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم وقد قتله مقبلا لقوله
عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعثه له ولان
القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه
مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال
عليه السلام لحبيب بن ابى سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك
وما رواه محمول يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيحمل على الثانى لما رويناه
وزيادة الغناء لا يعتبر فى جنس واحد كما ذكرنا قال والسلب ما على المقتول من ثيابه
وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله
فى حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة
اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد
الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهى له
فاصابها مسلم واستبرأها لا يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وكذا عند ابى حنيفة و
ابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به
الملك عنده كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب وبالشراء من الحربى ووجوب الضمان
بالاتلاف وقد قيل على هذا الاختلاف **باب استيلاء الكفار**

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء
قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله فان غلبنا على الترك
حل لنا ما نجد من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم قال واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها
بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء
وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء
ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم
وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا
زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار
لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومالا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة
تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل قال فان ظهر عليها المسلمون
فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة
اخذوها بالقيمة ان شاؤا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك
بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه
بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ
منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة
قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمته قال وان دخل دار الحرب
تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء
اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى
انه دفع العوض في مقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض
يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بالقيمة لانه ثبت له ملك خاص
فلا يزول الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه
بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا
وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال وان اسروا عبدا فاشتراه رجل
واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي
اخذه به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه

صحيح فلو اخذه اخذه بمثله ولا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري
في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما
ههنا الملك صحيح فافترقا قال واذا اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه
ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه
من الثاني بالثمن لان الاسر ما ورد على ملكه وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن
لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه
بالثمنين فيأخذه بهما وكذا لو كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا
بحال حضرته قال ولا يملك اهل الحرب علينا بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا
واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الحكم في محله والمحل المال
المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف
رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء
قال واذا ابق عبد المسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار
الاسلام يملكونه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه
وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام
يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رضي الله عنه يأخذه
المالك القديم بغير شيء موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة
يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم
وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه قال وان ند بعير
اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا
بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن
ان شاء لما بينا قال وان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون
ذلك كله فاشترى رجل ذلك واخرجه فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع

بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء
اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي
دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت
ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رحمه الله ان تخليص المسلم عن ذل
الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا
له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب
قال واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا
خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطايف
اسلموا وخرجوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء
الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالحاق بمنعة المسلمين
اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانه اسبق ثبوتا على
نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيده وفي حقهم الى اثبات ابتداء فلهذا كان
اولى والله اعلم **باب المستأمن** واذا دخل المسلم دار
الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشيء من اموالهم ولا من دماءهم لانه ضمن
بالاستيمان ان لا يتعرض لهم فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام
الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذوا امواله او حبسه او فعل غيره بعلم الملك
لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض
وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم يعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا
محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك
خبثا فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بينا
واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا او غصب احدهما
صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما
الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت
القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم

ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى
عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا
ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم
يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية
ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بيناه انه
ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد قال واذا دخل المسلم دار الحرب
بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم
القضاء فلما بيناه وانه ملكه واما الامر بالرد فمراده الفتوى به ولانه فسد
الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد قال واذا دخل مسلمان دار
الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطاء فعلى القاتل الدية في ماله وعليه
الكفارة في الخطاء اما الكفارة فلاطلاق الكتاب واما الدية لان العصمة الثابتة
بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص
لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك
في دار الحرب وانما يجب الدية في العمد في ماله لان العواقل لا تعقل العمد وفي
الخطاء لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار
تركها قال وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا
شيء على القاتل الا الكفارة في الخطاء عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا في الاسيرين
الدية في العمد والخطاء لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض
الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم
ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار
كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطاء بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا
فصل واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن له ان يقيم سنة في دارنا
ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل فيه ان
الحربي لا يمكن من الاقامة في دارنا دايمة الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير

عينا لهم وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان
في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة
يجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعدما قاله الامام
قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه وان مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام
سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقته
في ذلك دون السنة كالشهر والشهرين فاذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا
لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه
قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة للمسلمين قال وان دخل الحربي
دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض
بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ذميا فصار ملتزما للمقام في دارنا اما بمجرد
الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك
يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فيعتبر المدة من وقت
وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع
فيتخرج عليه احكام جمة فلا يغفل عنه قال وان دخلت حربية بامان فتزوجت
ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج وان دخل حربي بامان فتزوج
ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما للمقام
قال ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند
مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما
في دار الاسلام من ماله على خطر قال فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه
وصارت الوديعة فيئا للمسلمين اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع
كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثباته اليد عليه بواسطة المطالبة
وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل
ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذا اذا مات لان نفسه لم
مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته
من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في

مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هذا مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها
والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة
ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر وكذا معاذ رضي الله عنهما ووضع
في بيت المال ولم يخمس ولانه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه
مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس لمعنى واستحقها الغانمون
لمعنى وفي هذا السبب (الايجاف) واحد وهو ما ذكرنا فلا معنى لايجاب الخمس قال واذا دخل
الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه
ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء
اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار وليسوا باتباع وكذلك
ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير
يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين
لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين
فيبقى الكل فيئا وغنيمة قال واذا اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار
فولده الصغار احرار مسلمون تبعا لاسلام ابيهم لانهم كانوا تحت ولايته
حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له
لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة واولاده الكبار
فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي
ليست يدا محترمة قال واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم
خطأ او عمدا وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ
وقال الشافعي رحمه الله يجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما
معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة
اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال
الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما تعلق به الاصل ولنا قوله تعالى
فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل
الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة

الموتمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة
التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم
يوذن بجبر الفايت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل
وهو في المال دون النفوس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال
بالاحراز في الدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار
منعة الكفر لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما
لقصدهما الانتقال اليها قال ومن قتل مسلما خطاء لا ولي له او قتل حربيا دخل
الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا
معصوما خطاء فيعتبر بساير النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ
له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية
لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان
قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله ان شاء اخذ الدية معناه
بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية في هذه المسئلة
من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق
للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض والله اعلم

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر
وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض
خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث
الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج من ارض
العرب ولانه بمنزلة الفي فلا يثبت في ارضهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع
الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب
لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف والعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع
الخراج عليها بمحضر الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص
وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد مملوكة
لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا

له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فيبقى الاراضي مملوكة
لاهلها وقد بيناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت
بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر
اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج قال
وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان
الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان النبي
عليه السلام فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير
كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها
ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية
ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال ومن احيا ارضا مواتا
فهي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله معتبرة بحيزها فان كانت من حيز
ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية
والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء
الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ
ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية لانها من حيز ارض
الخراج الا ان الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد
رحمه الله ان احياها ببئر حفرها او عين استخرجها او بماء دجلة والفرات والانهار
العظام التي لا يملكها احد فهي عشر وكذا اذا احياها بماء السماء وان احياها
بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية
لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء
على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال
والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء
قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن كل جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب
الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه
فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ

ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وذلك بمحضر من الصحابة
رضوان الله عليهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المونة متفاوتة والكرم
اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مونة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها
فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال
وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيرهما توضع عليها بحسب
الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك
فنعتبرها فيما لا توظيف فيه وقالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف
الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين
الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيه نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا
وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر
الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام فالنقصان
عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتماها
ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لاطاقت وهذا يدل على جواز
النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان
وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة
الطاقة قال واذا غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع
آفة فلا خراج عليها لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر
في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه
ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج
قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته
قالوا من انتقل الى اخس الامرين فعليه الخراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة
وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا تتجرأ الظلمة على اموال الناس قال ومن اسلم من اهل
الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حال البقاء
فامكن ابقاؤها على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ
منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضوان الله عليهم اشتروا ارض الخراج

وكانوا يؤدون الخراج فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير
كراهة قال ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما
لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله
عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور
لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر
في ارض مسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد
وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان
الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر بتكرر الخارج لان عمر
رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق الا بوجوبه في كل الخارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي
والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح النبي عليه السلام بني نجران
على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه
وجزية يبتدئ وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع
على الغني الظاهر الغنى ثمانية واربعين درهما في كل سنة يأخذ منه في كل شهر اربعة
دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين يأخذ منه في كل شهر درهمين وعلى الفقير
المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله
يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء لقوله
عليه السلام لمعاذ بن جبل رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله
معافير من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجب على من
لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير
ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين
والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض
وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر
وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا وتوضع الجزية على
اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية

ووضع النبي عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم
الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراهم
على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز وضع الجزية عليهم اذ كل واحد
منهما يشتمل على سلب النفس منه فانه يكتسب ويؤدى الى المسلمين ونفقته في
كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم
قال ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهم قد تغلظ
اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام نشا بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم
فالمعجزة في حقهم اكثر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدى الى الاسلام ووقف
على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة للعقوبة
في حقهم وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا
ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نساء بني
حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل
لما ذكرناه قال ولا جزية على امراة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن
القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى
وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب اذا كان له مال
لانه يقتل في الجملة اذا كان له راى قال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي
رحمه الله له اطلاق حديث معاذ ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير
غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم ولان خراج الارض لا يوظف
على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل قال ولا يوظف
على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا
الزيادة بسببهم ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هنا
وذكر محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو
قول ابي يوسف رحمه الله ووجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار

كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم لانه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون
الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته
اكثر السنة قال ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا
للشافعي رحمه الله فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه
المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا
قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية
وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر سقطت بالاسلام ولا يقام بعد الموت ولان شرع
العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفعت بالاسلام ولانها وجبت بدلا عن
النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه ادميا والذمي
يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه حولان
تداخلت وفي الجامع الصغير ولم يؤخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة وجاءت
سنة اخرى لم يؤخذ منه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يؤخذ منه وهو
قول الشافعي رحمه الله وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا اذا
مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا
وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض
اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها يستوفي وقد تمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين
بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة
على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات
بل يكلف ان ياتي بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذ بتلبيبه
ويهزه هزا ويقول يا ذمي اعط الجزية يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا
اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا
كما ذكرنا في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفي لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض
وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رحمه الله في الجزية
في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب
باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته

والوجوب عند ابي حنيفة رضي الله عنه باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح
ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رحمه الله في آخر الحول اعتبارا بالزكوة
ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد
مضي الحول فاوجبناها في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة
في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها
قال وان انهدمت البيع والكنايس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى
دايما ولما اقرهم الامام عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث
في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت
لانه تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها
الشعاير فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في دارنا يمنعون من ذلك من القرى
ايضا لان فيها بعض الشعاير والمروي عن صاحب المذهب في قرى كوفة لان اكثر
اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله
عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويوخذ اهل الذمة بالتميز
عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وملابسهم فلا يركبون الخيل ولا يحملون
السلاح وفي الجامع الصغير يوخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على
السروج التي كهيئة الاكف وانما يواخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة
لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدا بالسلام ويضيق عليه
الطريق فلو لم يكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز
والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده في وسطه دون الزنار
من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام قال وينبغي ان يتميز نساؤهم
عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل
يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة
فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بصفة التي تقدمت
قال ويمنعون من لباس تختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من اداء
الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده

لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق
قال الشافعي رحمه الله سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض ايمانه
فكذا ينقض امانه اذ عهد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر
منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاري لا يرفعه قال ولا ينقض العهد
الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على مواضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا
علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي
العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات
وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد **فصل**
ونصارى بني تغلب يوخذ من اموالهم ضعف ما يوخذ من المسلمين من الزكوة
لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم
ويوخذ من نسائهم ولا يوخذ من صبيانهم لان الصلح عن الصدقة المضاعفة
والصدقة يجب عليهن دون الصبيان وكذا المضاعف وقال زفر رحمه الله
لا يوخذ من النسوان ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه جزية في الحقيقة
على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف
الجزية ولا جزية على النسوان ولنا ان هذا مال وجب بالصلح والمراة من اهل
وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص
بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيها شرايطها قال ويوضع على مولى التغلبي الخراج
اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رحمه الله يضاعف لقوله
عليه السلام مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة
ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى
المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات
فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا يحرم عليه الصدقة لان
الغني من اهلها وانما الغنا مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس باهل في هذه
الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال
وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام

والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطي
قضاة المسلمين وعمالهم وعلمائهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة
وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين بغير قتال وهو معد
لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم
لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغوا للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شئ
من العطايا لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض
ويسقط بالموت واهل عطايا في زماننا مثل القاضي والمفتي والمدرس

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام
والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه
عساه اعتراه شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما
قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل
وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول
انه ان استمهل يمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعند
الشافعي رحمه الله ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك
لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهر فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه
بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام
من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال
وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق
الدلايل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام اذ لا دين له
ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض
الاسلام كره ولا شئ على القاتل ومعنى الكراهية هنا ترك المستحب وانتفاء
الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب قال واما المرتدة
فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رحمه الله يقتل لما روينا ولان
ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة

وردة المراة تشاركها فيه في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل
النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء
وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية
البنية بخلاف الرجل فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها
امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق
العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المراة على الاسلام حرة كانت او امة والامة
يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى فلما فيه من الجمع بين الحقين ويروى
تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله
بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه
بالقصاص والرجم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب
وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه يدعى الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى
به عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الامر
وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار
الحرب وحكم بلحاقه استقر فيعمل السبب عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل
على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال
ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا كلاهما لورثته وقال الشافعي
رحمه الله كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث لكافر ثم هو مال حربي لا امان له
فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته
الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم
من المسلم ولابي حنيفة رضي الله عنه يمكن الاستناد في كسب الاسلام بوجوده ولا يمكن
الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان
وارثا في حالة الردة وبقي وارثا له الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه
بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث

عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة
الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي
في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها
لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة ويرثها زوجها
المسلم وان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها
لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل
ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين وقال الشافعي رحمه الله يبقى
ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه
باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية
الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء
القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته تثبت الاحكام
المتعلقة به وهي ما ذكرنا كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند اللحاق
في قول محمد رحمه الله لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال
وقال ابو يوسف رحمه الله وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا
لحقت بدار الحرب فهي على هذا قال والديون التي لزمته في حال الاسلام تقضى
مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته من الديون في حال ردته مما اكتسبه في
حال ردته قال رضي الله عنه هذه الرواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وعنه
انه يبتدا بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه
وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار
السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة
ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه
ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة
ليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر
قضاؤه من محل اخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله

لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذا هذا وجه الثالث ان كسب
الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى
الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقضى ديونه منهما لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث
فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه او وهبه او تصرف فيه
من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل
او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز ما
صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد
والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق
كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة
لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في
توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ الملك وفي وجود
الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا
لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امراة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة
قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف يصح كما يصح من الصحيح
لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة
وعند محمد يصح كما يصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ
عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة
رضي الله عنه انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف
التصرف بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان بان يؤخذ ويقهر ويتوقف
تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في
الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق
في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المراة فانها ليست بحربية ولهذا لا تقتل قال
فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته
من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما

احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات
اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما
قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا قال واذا وطئ المرتد
جارية نصرانية كانت له في حال الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ
ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرث فان كانت الجارية
مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد
فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع لها لقربه الى
الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت
مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق
المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وان لحق ثم رجع واخذ
المال والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة
رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء
القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما وحكم المالك القديم قد ذكرناه واذا لحق
المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن فجاء المرتد مسلما فالكتابة
جائزة وبدل الكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة
لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته وحقوق
العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه قال واذا قتل المرتد رجلا
خطاء ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام
خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة
جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما
الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما
وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب في الردة لتوقف
تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده قال واذا قطعت
يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب
ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما

الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت
يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قد
يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه
لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة في التقدير
فلا يعود حكم الجيوة الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي
نبينه ان شاء الله تعالى قال وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية
كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله
عليه في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب
بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل
معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لان معتبر بقيام
العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال
ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين
واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله فابى ان يسلم
فقتل فانه يوفي مولاه كتابته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان
كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة رضي الله عنه
فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه
الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى
واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار
الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان
المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام
وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين وقد كنا قدمناها والثانية صدقة الفطر
والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل
ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه
اسلام ولا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رحمه الله ارتداده ليس

بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رحمهما الله ارتداده ليس بارتداد
واسلامه ليس باسلام ولهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه
يلزمه احكام تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في
صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهود ولانه اتى بحقيقة
الاسلام وهو التصديق والاقرار مع ان الاقرار عن طوع دليل على ماعرف والحقائق
لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم
الاصلي ثم بنى عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهما في الردة انها مضرة محضة
بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على مامر ولابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله انها موجودة حقيقة ولا رد للحقيقة كما قلنا في الاسلام
الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا تقتل لانه عقوبة والعقوبات
موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من
الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغيير العقيدة وكذا المجنون
والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم
من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف
عنهم شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه
اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدأوه فان
بدأوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رحمه الله هكذا ذكر القدوري في مختصره
وذكر الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا
واجتمعوا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدأوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز
قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا
ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم
ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم قال واذا بلغه
انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا
عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة
رضي الله عنه من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة امام الحق

فمن الواجب عند الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم
واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلتحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم
ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ذلك في
الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ماذكرنا ان المعتبر دليله
لا حقيقته قال ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه
يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب
وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن فيه فان كانت يقتل الامام الاسير وان شاء
حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال قال ولا بأس
بان يقاتلوا بسلاحهم اذا احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
والكراع على هذا الخلاف وله انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه
ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة
لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى
والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى قال ويحبس الامام اموالهم ولا
يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا ثم يردها عليهم اما عدم القسمة فلما بينا
واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها
الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع
الضرورة ولا استغنام فيها قال وما جباه اهل البغي في البلاد التي غلبوا عليها
من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم
يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه
وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك
لانه لم يصل الحق الى مستحقه قال رحمه الله لا اعادة عليهم في الخراج لانهم
مقاتلة وكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه
حق الفقير وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور
ولايته قال ومن قتل رجلا وهما في عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء
لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب

وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على
المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم يجر على اهله احكامه وازعجوا قبل ذلك
وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص قال واذا قتل رجل من اهل
العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على الحق وانا الان على حق
ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي على الوجهين وهو قول الشافعي
رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه
مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم
وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا مات
المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او نفسا معصومة
فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم
رواه الزهري رحمه الله ولانه اتلف عن تاويل فاسد منه ملحق بالصحيح اذا
ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان
الاحكام لا بد فيها من الالزام والالتزام ولا التزام على اعتقاد الاباحة
ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم
التاويل يثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع
اذا ثبت هذا نقول ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا
الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا لان القرابة
سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال
كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من
اهل الفتنة وفي عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة
من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار
لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى
انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه
يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه
فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار
الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته من بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي
الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي
لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه
والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمر القاضي به ليكون
دينا عليه لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه
لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده عليه وان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله
معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله
لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه
يتشرف بالنسب ويتعير بعدمه ثم قيل يصح في حق نفسه دون ابطال حق الملتقط
وقيل يبتني عليه بطلان يده لو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح
انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل قال وان ادعاه اثنان ووصف
احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة
كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت
دعوى احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا ينازعه غيره فيه الا اذا اقام الاخر
البينة لان البينة اقوى قال واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية
من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان
دعواه تضمن النسب وهذا نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو
مضر فصحت دعواه فيما ينفعه دون ما يضره قال وان وجد في قرية من قرى
اهل الذمة او بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا
رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين
اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض
النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لقوة اليد الا ترى ان
تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا و

وفي بعض النسخ اعتبار الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم
يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده وان ادعى العبد انه ابنه
ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل
الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي
ترجيحا لما هو الانظر في حقه قال وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له
اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد
عليه بامر القاضي لانه مال ضايع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه
بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه
كالطعام والكسوة لانه من الانفاق قال ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام
سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال اللقيط
اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي
الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما احدهما قال ويجوز ان
يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا و
تملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ
ماله قال ويؤاجره قال رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره
وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول
انه يرجع الى تثقيفه وجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف
الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى والله اعلم بالصواب

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط
انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه
شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا
واذا كان كذلك لا يكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا انه اخذها لمالكها
لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن
بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود
عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له
لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير
وادعى ما يبريه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الشاهد
يعارضه بمثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد
ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانها
اسم جنس قال فان كان اقل من عشرة دراهم عرفها اياما فان كانت عشرة فصاعدا
عرفها حولا قال وهذه رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله اياما معناه على
ما راى وقدره محمد رحمه الله في الاصل بالحول من غير تفصيل بالقليل والكثير وهو
قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة
من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي
الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق
استحلال الفرج به وليست في معناها في تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا
وما دون العشرة ليست في معنى الالف بمعنى ما ففوضنا الى راى المبتلى به وقيل
الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راى الملتقط تعرفها الى
ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك فيتصدق به وان كانت اللقطة
شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به قال وينبغي ان يعرفها في الموضع
الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة
شيئا يعلم ان لا يطلبها صاحبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز
الانتفاع به من غير تعريف لكنها تبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح
قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر
الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها او ايصال العوض وهو الثواب
على اعتبار التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء
صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها
لان التصدق حصل باذن الشرع ولم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت
للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد

الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه
بثبت الاباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال
الغير حال المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه اخذ ماله بغير
اذنه وان كان قايما اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز الالتقاط في الشاة
والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله اذا وجد البقر والبعير في
الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال
الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع فاذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع
ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها
فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط
عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق عليها
بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغايب نظرا له وقد
يكون النظر في الانفاق على ما نبين قال واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان
كانت للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على
ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل في العبد الآبق وان لم يكن لها منفعة
وخاف ان تستغرق قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه
صورة قال فان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا
على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق
يومين وثلثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فان لم يظهر امر ببيعها لان
النفقة الدارة مستاصلة ولا نظر في الانفاق مدة مديدة قال وفي الاصل
شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا ولا يؤمر فيه بالانفاق
وانما يؤمر في الوديعة فلا بد من البينة لينكشف الحال وليست تقام للقضاء
وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع
على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة
دينا على مالكها اشارة الى انه يرجع على المالك بعدما حضر ولم تبع اللقطة اذا
شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح قال واذا حضر يعني

المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حيي بنفقته فصار
كانه استفاد الملك من جهته فاشبه البيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس
لاستيفاء الجعل على ما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل
الحبس ويسقط اذا هلكت بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيهة للرهن قال
ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها
لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام
اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي
التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه فيملك كما في سايرها و
تاويل ما روى انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط
التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا قال واذا حضر رجل وادعى ان اللقطة له
لم يدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا
يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجبر على ذلك والعلامة
مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب
اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من
وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود
كالملك فلا يستحق الا بحجة وهي البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند
اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها
فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة
على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا ان كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا
بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غايب عنده فاذا
صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك
هناك غير ظاهر والمودع مالك ظاهر قال ولا يتصدق باللقطة على غني لان
المامور به التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به
والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة قال وان كان الملتقط
غنيا لم يجز ان ينتفع به وقال الشافعي رحمه الله يجوز لقوله عليه السلام

في حديث ابي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان
من المياسير ولانه انما يباح للفقراء حملا له على رفعها صيانة لها والغني
يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق
النصوص والاباحة للفقير بما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل
والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى
لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان
كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين
ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان اباه او ابنه او زوجته وان كان
هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الابق اخذه
افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك
وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم اخذ الابق
ياتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع
الابق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه ولانه لا يؤمن على الابق من الاباق
ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا
فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان
والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه متبرع
بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب
اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا
الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب
الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس
والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها
الى صيانة الابق لانه لا يتوارى والابق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر
باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ
هي اقل مدته وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى بقيمته الا درهما قال وهذا
عند محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله له اربعون درهما لان التقدير بها

ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح
على الاقل لانه حط منه ولمحمد رحمه الله ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى ملك
المالك فينتقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا
بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو رد بعد مماته
فلا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى وابنه
وهو في عياله او احد الزوجين على الاخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة
فلا يتناولهم اطلاق الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة
في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال وذكر في بعض النسخ انه لا شيء
له وهو الصحيح ايضا لانه في معنى البايع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الابق
حتى يستوفي الجعل بمنزلة البايع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده
لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد
المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع
من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه
ان يشهد انه اخذه ليرده والاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد
رحمه الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة
انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه
لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو
متبرع في اداء الثمن قال فان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيى
ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون
عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت
قيمته مثل الدين او اقل منه او كانت اكثر فيكون مقدار الدين عليه والباقي على الراهن
لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان
كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء
لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى
المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها

اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان
المنفعة للواهب ما حصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان
كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي
يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له
موضع ولم يعلم حيا وميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي
حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة
وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقايم عليه نظر له وقوله يستوفي
حقه لا خفاء فيه لانه يقبض غلاته والدين الذي اقربه غريم من غرمائه لانه من باب
الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي
تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك
ولا نايب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا
خلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك
يتضمن الحكم به قضاء على الغايب وانه لا يجوز الا اذا راه القاضي وقضى به لانه
مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظه
صورة ومعنى فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة
ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغايب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ
الصورة وهو ممكن وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا
على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال
حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله بغيبته لان القضاء حينئذ يكون
امانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان
النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغايب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار
والكبار ومن الاناث والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال
والخالة وقوله من ماله الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا
لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في
هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كان في يد القاضي فان كانت

وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين
والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة
الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط
الاقرار بما ليس بظاهر وهو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير
امر القاضي يضمن المودع ولا يبرا المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نايبه
بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نايب عنه فان كان المودع والمديون
جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من المستحقين النفقة
خصما في ذلك لان ما يدعيه على الغايب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة
لانها كما يجب في هذا المال يجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته
وقال مالك رحمه الله اذا مضى اربع سنين يفرق بينه وبين امراته وتعتد عدة الوفاة
ثم يتزوج من شاء لان عمر رضي الله عنه قضى هكذا في الذي استهوته الجن بالمدينة
وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا
بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين
من العنة عملا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امراة المفقود انها امراته حتى
ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها انها امراة ابتليت فلتصبر حتى يستبين
موتا وطلاقا خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة
لا يوجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزول بالشك وعمر رضي الله عنه رجع
الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر
في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة والغيبة يعقبها الاوبة
والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة
من يوم ولد حكمنا بموته قال رحمه الله وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه
وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة
وقدر بعضهم بتسعين سنة والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين
قال واذا حكم بموته اعتدت امراته عدة الوفاة من ذلك وقسم ماله بين ورثته
الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر

بالحقيقي قال ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما
اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاء
حيوته في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح في الاستحقاق وكذا الوصي
للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه
ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به
لا يعطى اصلا مثاله رجل مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال
في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن فطلبت الابنتان الميراث يعطيان النصف
لانه متيقن به ويوقف النصف الاخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود
لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت
منه خيانة ونظير هذه الحمل يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو
كان معه وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان
ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى
باتم من هذا

كتاب الشركة

جايزة لانه صلى الله
عليه وسلم بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة
املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها فلا
يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب
صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة يتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب
الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما من غير صنع احدهما او
بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه
في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه
لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود
وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الاخر
قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون
ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه وهي اربعة اوجه
مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه اما شركة المفاوضة فهو

ان يشترك الرجلان متساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة
عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق
اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم اذا جهالهم سادوا
اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به
ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة وكذا في التصرف
لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملك الاخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان
شاء الله تعالى وهذه الشركة جايزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول
الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها
تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه
الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملونها
من غير نكير فيه وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا ينعقد
الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز
لان المعتبر هو المعنى قال ويجوز بين الحرين الكبيرين العاقلين مسلمين او ذميين
لتحقق التساوي فان كان احدهما كتابيا والاخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز
بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك
التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك
الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في الكفالة
والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي
فانها جايزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي
الى الجايز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرفات فان الذمي لو اشترى براس المال
خمرا او خنزيرا يصح ولو اشتراهما مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين والصبيين ولا
بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها
ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هي قد يكون خاصة
وقد يكون عامة قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة لتحقق المقصود

وهو الشركة في المال على ما بيّنا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من المواجب
التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون
على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد
المساوات وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرا[ئهما]
الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة
فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله
ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بيّنا قال وللبايع
ان ياخذ الثمن من ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل
على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما
يلزم كل واحد من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالاخر ضامن له تحقيقا
للمساوات وما يصح فيه الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الاخر الجناية والنكاح
والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي
والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض
والكفالة بالنفس عنه ولابي حنيفة رضي الله عنه انه تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة عنه
بامره فبالنظر الى البقاء يتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره
ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء
واما الاقراض فعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يلزمه صاحبه ولو سلّم فهو اعارة
فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة
ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق
الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما مالا يصح
فيه الشركة او وُهِبَ له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات
المساوات فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الاخر

لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان
فان المساوات ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان
ورث احدهما عرضا فهو له ولا يفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه
الشركة فلا يشترط المساوات **فصل** ولا ينعقد الشركة الا بالدراهم
والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله يجوز بالعروض والمكيل
والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه
النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباه لما فيه من ربح ما لم يضمن فيقتصر
على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس
ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم
يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي
لا يتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العرض البيع وفي النقود الشرا
وبيع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكا له في ثمنه لا يجوز اما شراء احدهما شيئا
بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج
رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رحمه الله لانه ملحق بالنقود عنده
حتى لا يتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانها على ما عرف اما عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها يتبدل
ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس
واظهر وعن ابي حنيفة رضي الله عنه صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى
ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب
وفي الجامع الصغير ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى
هذه الرواية التبر يكون سلعة فلا تصلح راس المال في المضاربات والشركات
وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل
التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين
في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية يختص
بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء اخر ظاهرا الا ان يجري التعامل

باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الصرف فيكون ثمنا ويصلح راس المال
ثم قوله ولا يجوز بسوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب
ولا خلاف فيه فيما قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا
ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله والشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد
رحمه الله يصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط
التفاضل في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في
الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين
بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت
والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله ان المخلوط من
جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في
العروض واذا لم يصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال واذا
ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقدا
الشركة قال رحمه الله وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح راس مال
الشركة وتاويله اذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت
يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة قال واما شركة العنان فينعقد على
الوكالة دون الكفالة وهو ان يشترك اثنان في نوع بز او طعام ويشتركان في
عموم التجارات ولا يذكر الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بينا
ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له اي اعترض له
ولهذا لا ينبئ على الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح
التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساوات ويصح ان يتساويا
في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز ان الزيادة فيه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة
يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة
في الاصل ولهذا يشترطان الخلط بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك

في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر
المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد
يكون احدهما اهدى واحذق واكثر عملا فلا يرضى بالمساوات فمست الحاجة الى
اشتراط التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة
ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل والى بضاعة باشتراطه لرب
المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة
اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير
ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها
كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساوات في المال ليس بشرط فيه
لان اللفظ لا يقتضيه فلا يصح الا ما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي
ذكرناه قال ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دراهم ومن جهة الاخر دنانير
وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر سود وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز
وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي
الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة
طولب بثمنه دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو
الاصل في الحقوق ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه
لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف
ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكر والقول
للمنكر مع يمينه قال فاذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا
بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال وانه يتعين فيه كما في الوصية
والهبة وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة
المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف
وهذا الظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه
في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم
فائدته وايهما هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الاخر

لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل
الهالك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر قبل الشرى فالمشترى
بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء
فلا يتغير الحكم بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله
خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى
فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه
اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى
احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى
الاخر بالمال الان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا
لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون
شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم
ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذى اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة
حكم الوكالة التى تضمنتها الشركة فان بطلت بطل في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا
في الوكالة لانها مقصودة قال ويجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد
الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط
تعيين راس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال
فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد
الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوى في المال ولا
يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة
الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه
فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح براس
المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت
الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه
وصار كالمضاربة ولا يشترط اتحاد الجنس والتساوى في الربح ويصح شركة

التقبل قال ويجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه
شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في
المزارعة قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال
لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستاجر على العمل والتحصيل بغير عوض
دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه
مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه ليس له ذلك
لانه نوع شركة والاولى اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة انما
المقصود تحصيل الربح كما اذا استاجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته
بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه
لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك
ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين مثله قال ويده في المال يد
امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة
قال واما شركة الصنائع ويسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان
على ان يتقبلا عملا ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز لانها شركة لا يفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من راس
المال وهذا لان الشركة في الربح يبتنى على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه
ولنا ان المقصود التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا
في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان
خلافا لمالك وزفر رحمهما الله لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرنا لا يتفاوت
ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر
العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته اليه وصار كشركة الوجوه
ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان راس
المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما يقوم
فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في جنس المتفق
وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل

يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ
الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر بالمفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس
خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه
الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد
منهما مضمون على الاخر ولهذا استوجب الاجرة بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى
مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه فالرجلان
يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا
سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما لا يصح مفاوضة
لانه لا يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت يكون عنانا لان
مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه عن الجانبين
ما بيناه في شركة التقبل وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه لان التصرف
على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتعين الاول قال فان شرطا
ان يكون المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان
شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق
الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ
الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من
قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح
في شركة الوجوه بالضمان على ما بيناه والضمان على قدر الملك في المشترى فكان
الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست
في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه
فالتحق بها **فصل في الشركة الفاسدة** ولا يجوز الشركة في الاحتطاب
والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه
وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل
في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح
نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح وان اخذاه معا فهو بينهما

نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا
فهو للعامل وعمل احدهما واعانه الاخر فان عمله بان قلعه احدهما وجمعه الاخر
او قلعه وجمعه وحمله الاخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند
ابي يوسف رحمه الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال
واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما
لم يصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه مثل اجرة الراوية ان كان صاحب
البغل وان كان صاحب الراوية فعليه مثل اجرة البغل اما فساد الشركة
فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار
ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية
بعقد فاسد فيلزمه اجره قال وكل شركة فاسدة فالربح فيهما على قدر راس
المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الربح
تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما يستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق
على قدر راس المال قال واذا مات احد الشريكين او ارتدا ولحق بدار الحرب
بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة
تبطل بالموت وكذا بالالحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت
لما بينا من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل
حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة
ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الاخر لانه عزل قصدي
فصل وليس لاحد من الشريكين ان يؤدي زكوة مال الاخر الا باذنه
لانه ليس من جنس التجارة فاذا اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته
فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا
معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الخلاف المأمور باداء الزكوة
اذا تصدق على الفقير بعد اداء الامر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من
الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان وسعه التمليك لا وقوعه زكوة

لتعلقه بنيته الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم
الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الامر لا يضمن المامور سواء
علم او لم يعلم ولابي حنيفة رضي الله عنه انه مامور باداء الزكوة والمودى
لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج النفس عن
عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهو المقصود
حصل باداه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل
حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الخلاف وقيل بينهما فرق
ووجهه ان الدم ليس بواجب فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي
مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا دون دم الاحصار
واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطاها فهي له
بغير شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى
دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى
الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة الملك
وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما
لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي
لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه
بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها
للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال
الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبايع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء
بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار
كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم
او يعلقه بموته مثل ان يقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف
رحمه الله يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رحمه الله لا يزول حتى يجعل للوقف
وليا ويسلمه اليه قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس يقول وقفت الدابة
واوقفتها بمعنى الحبس وهو في الشرع عند ابي حنيفة رحمه الله حبس العين على
ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة و
التصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل
والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين
على حكم الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته
الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل
لهما قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى
ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم
الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك
وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة
رحمه الله قوله عليه السلام لا حبس عن فرايض الله تعالى وعن شريح رحمه الله
جاء محمد عليه السلام ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به
زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه
بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه تصدق بمنافعها فصار
شبه العارية لانه يحتاج الى التصدق بالغلة دايما ولا تصدق عنه الا بالبقاء
على ملكه ولانه لا يمكن ان يزول ملكه الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة
بخلاف الاعتاق لانه اتلف وبخلاف المسجد لانه جعله خالصا لله تعالى ولهذا
لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال
رحمه الله قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته
وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه
لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا
فيلزم والمراد بالحاكم المولى واما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض
موته قال الطحاوي رحمه الله بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة
من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما بالقول عند ابي يوسف رحمه الله وهو

قول الشافعي رحمه الله بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رحمه الله
لابد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى
العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون
تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح الوقف
على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله خرج عن ملك الواقف
ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه
بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك كسائر املاكه
قلـــ وقوله وخرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي
سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله لان القسمة من
تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان
اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل
القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة
الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند
ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح
بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلي فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت
بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء
منه بطل في الباقي عند محمد رحمه الله لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما
اذا رجع الواقف في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب
او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز
بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة
والصدقة المملوكة قلـــ ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رحمه الله اذا سمى فيه جهة تنقطع
جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك
بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه
مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف رحمه الله

ان المقصود هو التقرب الى الله وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف
الى جهة تنقطع وتارة في الصرف الى جهة لا تنقطع فيصح في الوجهين وقيل
ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رحمه الله لا يشترط ذكر التأبيد
لان لفظ الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك
كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم
وهذا هو الصحيح وعند محمد رحمه الله ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة
او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد
فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم
وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رحمه الله وهذا على الارسال قول ابي
حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده
جاز وكذا سائر آلات الحراسة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت
من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله
معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه
تبعا اولى وقال محمد رحمه الله يجوز حبس الكراع والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله
وابو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما
خالد فقد حبس ادرعا وافراسا في سبيل الله تعالى ويروى وطلحة رضي الله عنه حبس
دروعه في سبيل الله ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب
يجاهدون عليها وكذا يحمل السلاح عليها وعن محمد رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه
تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور
والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص
والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس قد
يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير
ابن يحيى رحمه الله انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك
للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه الله وما

لاتعامل فيه لايجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن به
الانتفاع مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به
فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لايتابد ولابد منه
على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض مبطل من
حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتابد
والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما
قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف
رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا
واما جواز القسمة فلانها تمييز معنى وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل
والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا
للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه في عقار مشترك فهو الذي
يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه فان وقف نصف
عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه
المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لايجوز ان يكون مقاسما ومقاسما
ولو كان في المقاسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لايجوز لامتناع بيع الوقف
وان اعطي جاز ويكون بقدر الدراهم شرى قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع
الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك ولم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة
مؤبدا ولا يبقى دايمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج
بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان
الوقف على رجل بعينه واخره للفقراء فهي في ماله اي مال شاء في حال حيوته
ولا يؤخذ من الغلة لانه معنى يمكن مطالبته به وانما يستحق العمارة عليه بقدر
ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب شيء منه يبنى على ذلك الوصف
لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك
فليست مستحقة والغلة مستحقة فلا يجوز صرفه الى شيء اخر الا برضاه ولو كان
الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الاخرين يجوز ذلك والاول

اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة
قال فان وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج
بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع عن ذلك
وكان فقيرا اجرها الحاكم وعمرها باجرتها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى
لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها
يفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف
ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضاء منه
ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك
قال وما انهدم من بناء الوقف والته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان
احتاج واذا استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى العمارة فيصرفه فيها لانه لابد
من العمارة ليبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في
الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك وان الحاجة فيبطل المقصود
فان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى
مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين
ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله فلا يصرف اليهم
غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز
عند ابي يوسف رحمه الله قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه
وجعل الولاية اليه فهو جائز عند ابي يوسف رحمه الله ولا يجوز على قياس قول محمد
رحمه الله وهو قول هلال الرازي وهو قول الشافعي رحمهما الله وقيل ان الاختلاف
بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتداة
والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما اذا شرط
الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء قال ولو وقف وشرط البعض او
الكل لامهات الاولاد ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين
فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه
لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه

التمليك بالطريق الذي قدمنا فاشتراطه الكل او البعض لنفسه يبطله لان
التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذه وشرط بعض بقعة المسجد
لنفسه وجه قول ابي يوسف رحمه الله ما روي ان النبي عليه السلام كان يأكل من
صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل عليه
صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا
شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل
ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة
وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولانه قربة مقصودة وفي الصرف
الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف
ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد
رحمهما الله الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة
ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الوقف باطل
وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد فيه على قول ابي يوسف رحمه الله
وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط
الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحمهم الله
الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة
الوقف فاذا اسلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته
بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه لانه اقرب الناس
الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن
فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته
لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينتزعه من يده نظرا
للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس لسلطان ولا
لقاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل

فصل واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه
ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رضي الله عنه

عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه لا بد من
التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد
بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة
الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا عن محمد رحمه الله لان فعل كل
الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد رحمه الله انه يشترط الصلوة بالجماعة لان
المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا
لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى
بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب
او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه
لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد
كما في مسجد بيت المقدس جاز وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى
ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن
محمد رحمه الله على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر
تعظيمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد وراى ضيق المنازل
فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رحمه الله انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال
وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث
عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق
المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رحمه الله
انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا الا لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا
بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر قال ومن
اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تحرر عن حق
العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد
ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول
المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله لانه اسقاط منه فلا يعود
الى ملكه وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه

نوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان
ابا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال ومن بنى
سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه
عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم ينقطع عن حق العبد
الا ترى ان له ان ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية
ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف
على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم
وعند ابي يوسف رحمه الله يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط
والوقف لازم وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان
والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه
وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض
ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نايب عن الموقوف عليه وفعل النايب
كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه
وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم
والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية
والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو
جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى
للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة
في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جايز ولا رجوع فيها لما بينا الا ان
في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر
والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف بين الفصلين
وان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين
الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج
الى صرف هذه والله اعلم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان

يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف
بالشرع الموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما
لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت واعطيتك
بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود
ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال
واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده
وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا
لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد
الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا
للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب والخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب
واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن
لعدم رضى الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما
قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله
ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما
الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس
لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر
فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة
المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض
المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف
وجهالة الوصف فيه لا يفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا يصح الا ان يكون
معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى
المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل
قال ويجوز البيع بثمن حال او مؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى
واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي ثوبا الى اجل ورهن
درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب

بالعقد فهذا يطالب به في قرب المدة وهذا تسليم في بعيدها قال ومن اطلق
الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف
اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كانت
الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان
او يكون احدها اغلب واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة
في المالية وان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف
بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدره
من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام
والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز باناء
بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى
المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه
متاخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه
لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم
جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا يجوز
في الوجهين له انه يتعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو
معلوم الا ان يزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة
بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا
جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا
اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا راه ولم
يكن راه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي
حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود
متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة
من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت

فلا يفضي الجهالة الى المنازعة فيه ويفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال
ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان
شاء اخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم
رضاه بالموجود فان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع وقع على مقدار
معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا
على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة
الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة عن الطول
والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن
بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير
لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر
من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما
اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة درهم
كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن
وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن
فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم
وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ
البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه الزيادة في الثمن فكان نفعا
يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل
لم يكن اخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام
فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم
من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار
فاشبه عشرة اسهم وله ان الذراع لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين
دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رضي الله عنه بينما
اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة
ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة

المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار
ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز
في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان
فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في
المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم
فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو
عشرة ونصف او تسعة ونصف وقال ابو حنيفة رضي الله عنه في الوجه الاول
يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف
رحمه الله في الوجه الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال
محمد رحمه الله في الاول اخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف
ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه
ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد
انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط
وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي
لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري على المشروط في الموزون حيث لا يضره الفصل
وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل
بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف
ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل
والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع
الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع
نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من
اشترى ارضا فيها نخل فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان
كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع
وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه
وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر

ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع وصار
كما انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا
حتى يترك باجر وتسليم العوض بتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له
قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين
على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر
فيها صاحبها ولم ينبت لم يدخل فيه لانه مودع فيه كالمتاع ولو نبت ولم يظهر له قيمة
فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل
ان يناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما
ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها
لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه اما الثمر
المجذود والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به قال ومن باع
ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به
في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى
المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط
القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو
شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع
بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمه لانه شرط
فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها
باذن البائع طاب له وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد لحصوله بجهة محظورة
وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حاله لا تحقق زيادة
وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا
بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له
الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت

ثم احمر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمر بعد
القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده
وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه
قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله
لان الباقي معلوم بالمشاهدة بخلاف ما اذا باع واستثنى نخلا معينا لان الباقي
معلوم بالمشاهدة قال العبد الضعيف عصمه الله قالوا هذا رواية الحسن
وهو قول الطحاوي رحمه الله اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما
يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة
جايز وكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه
فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الارز
والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز
والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله
له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه
ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل
حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع
كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال
الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا
لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح
اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في
بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه قال واجرة
الكيال وناقد الثمن على البايع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البايع
ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا على هذه اجرة الوزان والذراع والعداد
واما النقد فالمذكور رواية بن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد
التسليم الا ترى انه بعد الوزن والبايع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه
من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية بن سماعة عنه على المشتري

لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة يعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن
فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى
تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري
ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق
البايع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة
بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين فلا حاجة الى
تقديم احدهما في الدفع والله اعلم

باب خيار الشرط

خيار الشرط جايز في البيع للبايع والمشتري ولهما ثلاثة ايام فما دونها والاصل
فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في
البياعات فقال له النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة
ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز البيع
الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة
الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شرط الخيار
يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما روينا
من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز
في الثلث جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه انعقد
فاسدا فلا ينقلب جايزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جايزا كما اذا
باع بالرقم وعلمه بالمجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل
ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بجزء من اليوم الرابع
وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول
ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة
ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة
ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى
اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة

فى الفسخ فيكون ملحقا به وقدم ابو حنيفة رحمه الله على اصله فى الملحق به ونفى
الزيادة على الثلاث وكذا محمد رحمه الله فى تجويز الزيادة وابو يوسف رحمه الله اخذ
فى الاصل بالاثر وفى هذا القياس وفى هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر
رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح
منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال
وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم
مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشترى التصرف وان قبضه باذن البايع
فلو قبضه المشترى وهلك فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقى مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه
القيمة ولو هلك فى يد البايع انفسخ البيع ولا شئ على المشترى اعتبارا بالصحيح
المطلق وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان البيع فى جانب
الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع
نظرا له دون الآخر قال الا ان المشترى لا يملكه عند ابى حنيفة رضى الله عنه
وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل فى ملك المشترى يكون زايلا
لا الى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع ولابى حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه
فلو قلنا بانه يدخل المبيع فى ملكه لاجتمع البدلان فى ملك رجل واحد حكما للمعاوضة
ولا اصل له فى الشرع لان المعاوضة يقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشترى
ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان
كان قريبه فيفوت النظر قال فان هلك فى يده هلك بالثمن وكذلك اذا دخله عيب
بمنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن
بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد
موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح
لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطئ بحكم النكاح
الا اذا كانت بكرا لان الوطئ ينقصها وهذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقالا
يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع

الرد وان كان ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشترى
بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشترى على المشترى اذا كان قريبا له فى مدة الخيار
ومنها عتقه اذا كان المشترى حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال
ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض
المشتراه فى المدة لا يجزى به من الاستبراء ولو ردت بحكم الخيار الى البايع لا يجب
عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت
المشتراه فى المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض
المشترى المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك فى يده فى المدة هلك
من مال البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشترى لصحة
الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشترى عبدا مأذونا له فابراه البايع
عن الثمن فى المدة بقى خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون له
يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو
ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل
الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم
يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله
ان يفسخ وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون
الآخر حاضرا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز
وهو قول الشافعى رحمه الله والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط
على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه
وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف فى حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى
عن الضرر لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة
بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان
الخيار للمشترى وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف
الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه
لا يملك الفسخ ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ فى حال غيبته

صاحبه وبلغه فی المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضی المدة تم العقد
لمضی المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخیار بطل خیاره ولم ینتقل الی
ورثته وقال الشافعی رحمه الله یورث عنه لانه حق لازم ثابت فی البیع فیجری
فیه الارث کخیار العیب والتعیین ولنا ان الخیار لیس الا مشیئة وارادة ولا
یتصور انتقاله والارث فیما یقبل الانتقال بخلاف خیار العیب لان المورث
استحق المبیع سلیما فکذا الوارث فاما نفس الخیار لا یورث وخیار التعیین
یثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملکه بملک الغیر لا ان یورث الخیار قال ومن اشتری
وشرط الخیار لغیره فایهما اجاز جاز وایهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط
الخیار لغیره جائز استحسانا وفی القیاس لا یجوز وهو قول زفر رحمه الله لان الخیار
من مواجب العقد واحکامه فلا یجوز اشتراطه لغیره کاشتراط الثمن علی غیر المشتری
ولنا ان الخیار لغیر العاقد لا یثبت الا بطریق النیابة عن العاقد فیقدم الخیار له
اقتضاء ثم یجعل هو نائبا عنه تصحیحا للتصرف وعند ذلک یکون لکل واحد منهما الخیار
فایهما اجاز احدهما وفسخ الاخر یعتبر السابق لوجوده فی زمان لا یزاحمه فیه غیره
ولو خرج الکلامان منهما معا یعتبر تصرف العاقد فی روایة وتصرف الفسخ فی اخری
وجه الاول ان تصرف العاقد اقوی لان النایب یستفید الولایة وجه الثانی
ان الفسخ اقوی لان المجاز یلحقه الفسخ والمفسوخ لا یلحقه الاجازة ولما ملک
کل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقیل الاول قول محمد والثانی قول
ابی یوسف رحمهما الله واستخرج ذلک مما اذا باع الوکیل من رجل والموکل من غیره
معا فمحمد رحمه الله یعتبر تصرف الموکل وابو یوسف رحمه الله یعتبرهما قال
ومن باع عبدین بالف درهم علی انه بالخیار فی احدهما ثلاثة ایام فالبیع فاسد
فان باع کل واحد منهما بخمسمائة علی انه بالخیار فی احدهما بعینه جاز البیع والمسئلة
علی اربعة اوجه احدها ان لا یفصل الثمن ولا یعین الذی فیه الخیار وهو الوجه
الاول فی الکتاب وفساده بجهالة الثمن والمبیع لان الذی فیه الخیار کالخارج عن
العقد اذ العقد مع الخیار لا ینعقد فی حق الحکم فبقی الداخل فیه احدهما وهو غیر
معلوم والوجه الثانی ان یفصل الثمن ویعین الذی فیه الخیار وهو المذکور

ثانیا فی الکتاب وانما جاز لان المبیع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد فی الذی
فیه الخیار وان کان شرطا لانعقاد العقد فی الاخر ولکن هذا غیر مفسد للعقد لکونه
محلا للبیع کما اذا جمع بین قن ومدبر والثالث ان یفصل ولا یعین والرابع ان یعین
ولا یفصل والعقد فاسد فی الوجهین اما لجهالة المبیع او لجهالة الثمن ومن اشتری
ثوبین علی ان یاخذ ایهما شاء بعشرة وهو بالخیار ثلثة ایام فهو جائز وکذا الثلثة
فان کانت اربعة اثواب فالبیع فاسد والقیاس ان یفسد البیع فی الکل لجهالة المبیع
وهو قول زفر والشافعی رحمهما الله وجه الاستحسان ان شرع الخیار للحاجة الی دفع
الغبن لیختار ما هو الارفق والاوفق فالحاجة الی هذا النوع من البیع متحققة لانه
یحتاج الی اختیار من یثق به او اختیار من یشتریه لاجله ولا یمکنه البایع من الحمل الیه
الا بالبیع فکان فی معنی ما ورد به الشرع غیر ان هذه الحاجة یندفع بالثلاث لوجود
الجید والوسط والردی فیها والجهالة لا تفضی الی المنازعة فی الثلث لتعین من له
الخیار وکذا فی الاربع الا ان الحاجة الیها غیر متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة
وکون الجهالة غیر مفضیة الی المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قیل یشترط ان یکون فی
هذا العقد خیار الشرط مع خیار التعیین وهو المذکور فی الجامع الصغیر وقیل
لا یشترط وهو المذکور فی الجامع الکبیر فیکون ذکره علی هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا
واذا لم یذکر خیار الشرط لا بد من توقیت خیار التعیین بالثلاث عنده وبمدة معلومة
ایتهما اذا کانت عندهما ثم ذکر فی بعض النسخ اشتری ثوبین وفی بعضها اشتری احد
الثوبین وهو الصحیح لان المبیع فی الحقیقة احدهما والاخر امانة والاول تجوز استعمالا
ولو هلک احدهما او تعیب لزمه البیع فیه بثمنه وتعین الاخر للامانة لامتناع الرد
بالعیب ولو هلکا جمیعا معا یلزمه نصف ثمن کل واحد منهما لشیوع البیع والامانة
فیهما ولو کان فیه خیار الشرط له ان یردهما جمیعا ولو مات من له الخیار فلوارثه ان
یرد احدهما لان الباقی خیار التعیین للاختلاط ولهذا لا یتوقت فی حق الوارث
فاما خیار الشرط لا یورث وقد ذکرناه من قبل ومن اشتری دارا علی انه بالخیار
فبیعت دار الی جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة یدل علی
اختیاره الملک فیها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلک بالاستدامة فیتضمن

ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين
ان الجواز كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رضي الله عنه
خاصة قال وإذا اشترى الرجلان على انهما بالخيار فرضي احدهما
فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا له ان يرده وعلى هذا
الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد
منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج
عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام
ضرر زايد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما
على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق
في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف
النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد بعدمه العقد بمنزلة الذكورة والانوثة
في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة للعقد على ما عرف والله اعلم

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جايز وله الخيار اذا راه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي
رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا يفضي الى المنازعة
لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار وكذا اذا قال
رضيت ثم راه له ان يرده لان الخيار يتعلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله
وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل
العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ومن باع ما لم يره
فلا خيار له وكان ابو حنيفة رضي الله عنه يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار
العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا
يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البايع راضيا بالزوال

ووجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء بما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان
ابن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقيل لطلحة انك
قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضي الله عنه انك قد
غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار
لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم ثم خيار الرؤية غير موقت
بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل خيار
الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير
كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر
الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة
والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد
الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر
الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له
والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية
ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت
احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد
منها الا اذا كان الباقي اردى مما راى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت
احاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا
القبيل فيما ذكر الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها
متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف
البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية
الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الادمي
وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرها وشرط
بعضهم رؤية القوايم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم
لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية
الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال

وان راى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا راى
خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من
دخول البيوت والاصح جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فانها
لم يكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري
حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وقالا هما سواء وله ان يرده قال العبد الضعيف عصمه الله معناه
الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه
توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب
والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه
وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء
خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه
مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف
خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط
على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختبار
وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه
لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا
في البيع قال وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى
ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس
وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية
كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لراه فقال
قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز
كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى
مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن توكل وكيلا يقبضه وهو يراه

وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما
مر آنفا قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر جاز له ان يردهما
لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره
ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة
لا يتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا
رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه
لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن راى شيئا ثم
اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي راه فلا خيار له لان العلم
باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه
مرئيه لعدم الرضا به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم يقع
معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير
حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد
للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره
فيكون القول له ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه
لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج
عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط
يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد
القبض وان كانت لا يتم قبله وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ
فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف رحمه الله انه
لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله والله اعلم

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع
فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد
يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس
له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في
مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع

الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البايع
ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضي به قال وكل
ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان
المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول
في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس بعيب حتى يعاوده
بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البايع في صغره ثم حدثت عند المشتري
في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدث بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا
لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر
لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة
لقلة المبالات وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما
الذي لا يعقل فهو ضال لا ابق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر عيب
ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في
الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن
وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته
وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والذفر عيب
في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب
في الغلام لان المقصود الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان
عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في
الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام
الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر
عيب فيهما لان طبع المسلم يتنفر عن صحبته ولانه يمنع صرفه في بعض الكفارات
فيختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب
فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم
واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة
سنة فيها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويعرف ذلك بقول الامة فيرد اذا انضم

اليه نكول البايع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري
عيب فاطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع
لان في الرد اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع الرد
ولا بد من دفع الضرر عنه فيتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع ان ياخذه
بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب
لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البايع انا اقبله كذلك كان له
ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد
غير ممتنع لرضى البايع فيصير هو بالبيع حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان فان
قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بالسمن ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها
لانها لا ينفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع
اصلا وليس للبايع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه
المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله
فلا يكون بالبيع حابسا المبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه
لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان
الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده
بالتسليم قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب
رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما
الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي
الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل محلا
للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت
وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير
والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي قال
وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل
وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض

قال فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة
رحمه الله اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان قتل
المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انتهاء وجه
ظاهر الرواية ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان هنا باعتبار
الملك فيعتبر كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة
كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع
استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد
بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه
في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا يرى ان البيع مما يقصد
بالشراء ثم هو يمنع الرجوع فان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب
عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان
العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض قال ومن اشترى بيضا
او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن
كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل
لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب
حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي رحمه الله
يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار
كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه
لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة
وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار
كالجمع بين الحر وعبده قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب
فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ
من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا
شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا
بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع

هناك واحد والموجود ههنا بيعان فبفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير
قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما
والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء القاضي بعيب لا يحدث
مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وما لا يحدث
سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب
عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع
الثمن حتى يحلف او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين
حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى
بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان
قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان
في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل
الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف
البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق
عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد
المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما
ابق قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه
الذي يدعي وبالله ما ابق عبدك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا
العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري
لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه
والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون
البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما لم يعلم
انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما
ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله
البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما
فيه الا بعد قيام العيب فاذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي

قدمنا قال رحمه الله اذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلفه ما ابق منذ بلغ مبلغ
الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى
جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البايع بعتك هذه واخرى معها وقال
المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار
المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع
واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما
ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون
تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه
كالتفريق في العقد ولو وجد في المقبوض عيبا اختلفوا فيه يروى عن ابي يوسف
رحمه الله انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق
بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت
بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية وخيار الشرط ولنا
انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية
والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال
ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه ومراده
بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى
باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعائين
فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق
بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام
الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضى المالك وهذا اذا كان بعد القبض
اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال
وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث
ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا

فداواها او كانت دابة فركبها في حاجة فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء
بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس
برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول
على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد
اما اذا كان يجد منه بدا لانعدام ما ذكرنا يكون رضا قال ومن اشترى عبدا
قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف
اذا قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة
العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القتل وانه لا ينافي المالية
فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما
اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا
الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود
فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع
بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق
في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
وعنده لا يرده بدون رضا البايع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله
البايع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين
وفي احدهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع
الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على
بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم
المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضى به ولا يفيد على قوله في الصحيح
لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا وشرط البراءة
من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي
رحمه الله لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح

هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا
ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك
لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب
الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل
فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لان البراءة يتناول الثابت ولابي يوسف
ان الغرض لزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن
الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

اذا كان احد
العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر
وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رحمه الله هذه فصول جمعها وفيها تفصيل
نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن
البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع
بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه
مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري
فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك
وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر
على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون
المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء
الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا يكون محلا
للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل
وان كان قوبل بعين معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك
عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة
الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا
اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا

بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك
الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك
الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر
وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد معناه باطل لان استحقاق العتق
قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد
في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على
نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز
ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق
دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت
ام الولد او المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا
عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى
يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في
حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل
يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما
في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال
المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول فيما ضم اليه
كذا هذا ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة
اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم
القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم
يسد عليها المدخل لعدم الملك ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ
ولو ارسله من يده فغير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي
عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ولا اللبن في الضرع
للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع

بغيره ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت
من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوايم لانها تزيد من اعلى وبخلاف
القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع
القطع وقد صح انه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن
في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف
حيث جوز بيعه فيما يروى عنه وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكر القطع
او لم تذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم
من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا
وللجهالة ايضا ولو قطع البايع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري
يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما
الجذع عين موجود وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة
مرة لانه مجهول ولانه فيه غرر وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر
مجذوذ مثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة
ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع
مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض
وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة
اوسق لانه نهى عليه السلام عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها
تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله ان يبيع المعرى
ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا
ابتداء ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية
وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري
او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع
الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام
عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز بيع ثوب

من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انهما بالخيار ايهما شاء جاز البيع
استحسانا وقد ذكرناه بفروعه ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء
اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة
فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان
استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز اذا كان محرزا وهو قول
الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل
كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه
لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل
يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه من الهوام وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا ظهر بيضه فيه القز تبعا له
وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضة عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده
والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم
ولا يجوز بيع الابق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه الا
ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع ابق مطلقا وهو ان يكون ابقا في
حق المتعاقدين وهذا غير ابق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى
العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده اذا كان
اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد
يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز
لانه ابق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الابق ثم عاد
من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية
والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله
ولا بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر

ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا
فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق
قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو
الحي ولا حيوة في اللبن ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة
له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح
الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف
رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته
ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الادمي مكرم مبتذل
فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله
الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون
النساء وذوائبهن ولا بيع جلود الميتة قبل ان يدبغ لانه غير منتفع به
قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر
في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت
بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها
وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها
الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله
وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به واذا كان السفل لرجل
وعلوه لاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز
لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف
الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار
مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره
في كتاب الشرب من المبسوط بيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل
وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان المراد الاول

فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما
المسيل مجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور
روايتان وجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه
بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة
محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق
بعين لا يبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين يبقى وهو الارض
فاشبه الاعيان ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع
كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه
في النكاح لمحمد ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد
بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده
ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر
والانثى من بني ادم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب
فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي
على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم حالة
او نسيئة فقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة قبل ان ينقدها الثمن لا يجوز
البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض
فصار البيع من البايع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول
او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت
بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد
ابن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عليه السلام ان لم يتب
ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له
فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما
يظهر عند المجانسة ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من
البايع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البايع ويبطل
في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون

مشتريا الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبيها
ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه اولانه باعتبار شبهة
الربا اولانه طار لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها
ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين
رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط
الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق
فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال
فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق فالقول قول
القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف
في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة واذا امر المسلم نصرانيا
ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم
وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل
لا يليه فغيره لا يوليه ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الامر فصار كانه باشره
بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال
الملك الى الامر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا تخللها
وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه
او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام
عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك
للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا
يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا
اولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا
لان العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد
لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه
انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول

هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام
حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وان كان يخالفنا
في العتق ونقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة
ان يباع العبد ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه
بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبقى فاسدا
حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا كما اذا تلف بوجه
اخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه
ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق
الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه اخر لم يتحقق الملايمة فيتقرر الفساد فاذا
وجد العتق تحققت الملايمة فيترجح جانب الجواز وكان الحال قبل ذلك موقوفا
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البايع شهرا او دارا على ان يسكنها او على
ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة اخرى لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف
ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو
كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى عليه السلام عن صفقتين في صفقة ومن باع
عينا على ان لا يسلمه الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل
فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان
ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد
لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان
لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح
فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع
لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد
منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء
الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذلك
الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان

الوصية اخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف ما اذا استثنى
خدمتها لان الميراث لا يجرى فيه ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البايع
ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة فى صفقة على ما مر ومن اشترى
نعلا على ان يحذوه البايع او يشركه فالبيع فاسد قال رحمه الله ما ذكره جواب
القياس ووجهه ما بيناه وفى الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب
وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى
وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهى مفضية
الى المنازعة فى البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما
عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم لان مدة
صومهم بالايام معلومة فلا جهالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك
الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى
هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة فى الكفالة وهذه الجهالة
يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم فيها ولانه معلوم الاصل
الا ترى انه يتحمل الجهالة فى اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففى الوصف
اولى بخلاف البيع فانه لا يتحملها فى اصل الثمن وكذا فى وصفه بخلاف ما اذا باع
مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه
الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه فى اصل العقد لانه يبطل
بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان
ياخذ الناس فى الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر
رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وصار كاسقاط الاجل فى النكاح
الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة فى شرط
زايد لا فى صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقطا الدرهم الزايد لان الفساد فى صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل
لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله فى الكتاب تراضيا خرج وفاقا لان

من له الاجل مستبد باسقاطه لانه خالص حقه ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمى لكل واحد ثمنا جاز فى العبد وان جمع بين
عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع فى العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة
وقال زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام
الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى
الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية
واخته فى النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول ولابى حنيفة
رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس
بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول فى الحر شرطا للبيع فى العبد وهذا شرط
فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع فى هؤلاء موقوف
وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ فى عبد الغير باجازته وفى
المكاتب برضاه فى الاصح وفى المدبر بقضاء القاضى وكذا فى ام الولد عند ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم
انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك
احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول فى غير المبيع ولا بيعا بالحصة
ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل

واذا قبض
المشترى المبيع فى البيع الفاسد بامر البايع وفى العقد عوضان كل واحد منهما
مال ملك المبيع ولزمه قيمته وقال الشافعى رحمه الله لا يملكه وان قبضه
لانه محظور فلا تنال به نعمة الملك ولان النهى نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا
لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء
فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهى يقرر
المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة
الملك وانما المحظور ما يجاوره كما فى البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك

قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرر الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد
فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح
فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال
فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشئ اخر وهو ان في الخمر
الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البايع
وهو الظاهر الا انه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو
الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد
يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر
والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات
الامثال فيلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا
لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى ولكل واحد من المتعاقدين فسخه
رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا
منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ولو كان الفساد
لشرط زايد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق
المراضاة في حق من له فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف
فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع
وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني
مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف ولانه حصل بتسليط
من جهة البايع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما
حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع ومن اشترى
عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه فهو جايز وعليه القيمة
لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة
وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما

لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع
وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد
شيا فشيا فيكون الرد امتناعا وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى
يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البايع فالمشتري
احق به حتى يستوفي الثمن لانه تقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه
بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قايمة ياخذها بعينها لانها يتعين
في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها
لما بينا ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة
رحمه الله رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا
الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البايع حتى يحتاج فيه الى القضاء
ويبطل بالتاخير بخلاف حق البايع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما
اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة
البايع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط
ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ هذه
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب
الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف
ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح
ويطيب للبايع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها
فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق
العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي
سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد يشتمل النوعين
لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به
سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك ينقلب الحقيقة شبهة والشبهة
تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل وكذا اذا ادعى

على الاخر ما الا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي
في الدراهم يطيب له لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين وجب بالتسمية
ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل**
فيما يكره نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن
ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا وعن السوم على سوم غيره
قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه
ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان على ثمن في المساومة
فاذا لم يركن احدهما الى الاخر فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكر وما ذكرنا
محمل النهي في النكاح ايضا وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلدة
فان كان لا يضر لا باس به الا اذا كان السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه
من الغرور والضرر وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع
الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل
البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا
باس به لانعدام الضرر والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا
البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان
المعتبر فيه في كتاب الصلوة كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع
لان الفساد في معنى خارج زايد لا في صلب العقد ولا في شرايط الصحة
ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه
ومن ملك مملوكين صغيرين واحدهما ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما
وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين
والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب صلى الله عليه
وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان
فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس
بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس

والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع
معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم
ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق لان النص ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد
الصغيرين له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق
لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور
اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به فان فرق كره ذلك وجاز العقد
وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه
لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع
الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور
فشابه كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس
في معنى ما ورد النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وشيرين
وكانتا امتين اختين **باب الاقالة** الاقالة جايزة في البيع
بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله تعالى
عثراته يوم القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط
اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ
في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل و
هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله
بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ الا اذا تعذر
جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل ولمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع
ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع
الا ترى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي
وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة
وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما
قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد

يحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان
وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر
فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال
فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان
الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا
اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل
لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا
لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان
قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رحمه الله لانه هو الاصل
عنده وعند محمد رحمه الله هو فسخ بالثمن الاول لا سكوت عن بعض الثمن الاول
ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله
عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن
الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا
ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد يمنع من
الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا في المنقول عند ابي يوسف رحمه الله
لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل
القبض جايز عنده وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها
لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قايم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض
المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا يجوز الاقالة
بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان
البيع باقيا **باب المرابحة والتولية** المرابحة نقل ما ملكه
بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد
الاول بالثمن الاول من غير زيادة والبيعان جايزان لاستجماع شرايط الجواز

والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة
يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى
وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز
عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع
ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال
هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا ولا يصح المرابحة والتولية حتى يكون
العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة
ولو كان المشتري مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او شيء
من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده
يازده لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال
ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل
واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال في عادة
التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه
بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة
اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا تقول اشتريته
بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء
بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى بخلاف اجر التعليم لان ثبوت
الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة
فهو بالخيار عند ابي حنيفة رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه
وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله
يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه
معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف
السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا
ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان
ذلك معلوما ولا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية

قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رحمه الله
انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف
فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير
التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ
يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن
كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط
ما يقابله عند عجزه ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة
طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى
بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول
قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة
لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان
العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه
كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني
ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة
الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا
تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا
بعشرة وعليه دين يحيط من رقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد
شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول
فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى
في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول واذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة
باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا

لزفر رحمه الله مع انه يشتري ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف
وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة وفيه شبهة العدم الا يرى انه وكيل عنه
في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح ومن اشترى
جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء
يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم
لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم
ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا يبيع من غير بيان
كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله فاما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها
اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله
شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن
وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة
من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم
المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل يشبه المبيع الا يرى
انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة
يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب
وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن
فان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها
في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه
بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو
نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك
من بعد ان شاء تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما
ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه
لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال ومن ولي

رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد
لجهالة الثمن فان اعلمه البائع بعينه في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه
وان شاء تركه لان الفساد لم تتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء
العقد وصار كتاخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا
يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان
الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الروية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام
نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك
ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار
كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك
في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث
معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود
عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر ومن اشترى مكيلا مكايلة
او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز
للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام
نهى بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه
يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب
التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع
الثوب مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر
ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع
البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان
الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم ولا تسليم الا
بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا تكتفى به بظاهر الحديث
فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد

ويتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في
باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع
فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة
رحمه الله لانه لا يحل له الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن قبل
القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك
لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ويجوز للمشتري ان يزيد البائع في
الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط تلتحقان باصل العقد وعند زفر
والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة
لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل
العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه
فصار برا مبتداء ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف
المشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون
لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم
اذا صح يلتحق بالعقد لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل
لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا يكون
الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز
على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما
بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال
حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر
الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند
بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا
ومن باع بدين حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله
ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو
اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان

كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه
من قبل وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان
تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا
يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار
الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار
الانتهاء لا يصح لانه يصير مع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا
بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم
من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية
بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى

باب الربوا

الربوا في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن
مع الجنس قال رحمه الله ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه
الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد
والفضل ربوا وعدد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب
والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا
ومعنى الاول بيع التمر ومعنى بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين
لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة
عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر
كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو
الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها
ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا
انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ
هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى
او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا او
المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى فالمعيار يسوي الذات

والجنسية يسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو
الفضل المستحق لاحد العاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه
ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات
او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه
المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون
التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون
بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى
الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن
وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا
الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز الحفنة بالحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا
كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هو الطعم
ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه
لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه
متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده
يجوز لعدم الطعم والثمنية واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه
حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا
حرم التفاضل والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل
التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الربوا
الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس
بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل
وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى
ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت
فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم
النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان

فى صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامنا وهو مثمن يتعين بالتعيين
والنقود يوزن بالسنجات وهى ثمن لايتعين بالتعيين ولو باع بالنقود
موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفى الزعفران واشباهه لايجوز
فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل
الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهى غير معتبرة وكل شىء نص رسول الله عليه
السلام فيه على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس
الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل
فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف
والاقوى لايترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس
لانها دلالة وعن ابى يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص
عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هى المنظور اليها وقد
تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه
متماثلا كيلا لايجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار
فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام فى الحنطة ونحوها وزنا لوجود
الاسلام فى معلوم وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى معناه ما يباع بالاواقى
لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف ساير المكاييل
واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم
الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان
يعتبر قبض عوضيه فى المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاوهاء
معناه يدا بيد وسنبين الفقه ان شاء الله قال وما سواه مما فيه الربوا
يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعى رحمه الله فى بيع الطعام
له قوله عليه السلام فى الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم تقبض فى المجلس
يتعاقب القبض وللنقد مزية فيتحقق الربوا ولنا انه مبيع متعين
فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هى التمكن
من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه

ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة
الصامت رضى الله عنه وتعاقب القبض لايعتبر تفاوتا فى المال بخلاف
النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعى رحمه الله
يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز البيع الفلس بالفلسين
باعيانهما عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لايجوز
لان الثمنية يثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا
لايتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما
ان الثمنية فى حقهما يثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فيبطل
باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء
الاصطلاح على العد اذ فى نقضه فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين
بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما
كانه كالئ بالكالى وقد نهى عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه
لان الجنس بانفراده يحرم النسا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق
ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار
فيهما الكيل غير مستو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات
الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لايجوز عند ابى حنيفة رحمه الله
متفاضلا ولا متساويا لانه لايجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق
بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما
جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذى يشملهما
ولا يبالى بفوت البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال
ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله اذا باعه بلحم من جنسه لايجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر
ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقى بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك

يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار
كالحل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان
لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل
اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميّز
بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اينقص
اذا جف فقيل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه
السلام حين اهدى رطبا اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا
ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو
ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيّنا
وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها
او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل
الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملا
باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما
ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيها
يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر
مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب
بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر
ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لم يجز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث
يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول
ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة
لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج

حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله
والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون
وهذا لانما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده
فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة
والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال
ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر
والغنم فاما البقر والجواميس جنس وكذا المعز مع الضان وكذا العراب والبخاتي
قال وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد
المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة
فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب
للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر
المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية
او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا
فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار
عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين
فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف
رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه
عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور
والتقدم والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف رحمه الله
يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في احاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده
لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان مأذونا له
ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق

الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار
الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستامن
منهم في دارنا لنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار
الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا
لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل
فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن
اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار
فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل
واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون
تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت
لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب
فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت
لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه
ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه
ولا يدخل الظلة الا بذكرها ذكرنا عند ابي حنيفه رضي الله عنه لانه مبني على هواء
الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحة في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما
ذكرنا لانه من توابعه فتشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا
او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل
وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل
بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر
لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه
اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه
فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها
وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها
كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له
اما الاقرار حجة قاصرة تثبت الملك المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت
باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام
تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم
بالزوايد قال محمد رحمه الله لا يدخل الزوايد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد
غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد
قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة
معروفة لم يكن على العبد شيء فان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري
على العبد ورجع هو على البايع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا
لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان
الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما
اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما
ان المشتري شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره باني عبد اذ القول له
في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على
البايع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا في ما لا يعرف مكانه والبيع عقد
معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف
الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقه لاستيفاء عين حقه حتى يجوز
الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به
ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبا بقوله فيه فلا يتحقق
الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له
ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال
على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض
تفسد الدعوى وقيل ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس

بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع
لخفا العلوق وان كان الموضع فى الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد
المولى به وصار كالمختلعة يقيم البينة على طلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب
يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى حقا فى دار معناه حقا
مجهولا فصالحه الذى فى يديه على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا
منها لم يرجع بشئ لان للمدعى ان يقول دعواى فى هذا الباقى وان
ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شئ يرجع بحسابه
لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل
ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جايز لان الجهالة فيما
يسقط لا تفضى الى المنازعة

فصل فى بيع الفضولى

قال ومن باع
ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعى
رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن
المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف
تمليك وقد صدر من اهله فى محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه
للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن
وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشترى
فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة
لان العاقل ياذن فى التصرف النافع قال وله الاجازة اذا كان المعقود
عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد
من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن
مملوكا له امانة فى يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف
الفضولى فى النكاح لانه معبر محض اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا
انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة
عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولى وعليه مثل المبيع ان كان مثليا

وقيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة
ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث فى الفصلين لانه توقف على اجازة
المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك فى حيوته ولا يعلم
حال المبيع جاز البيع فى قول ابى يوسف رحمه الله اولا وهو قول محمد رحمه الله
لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة
لان الشك وقع فى شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال ومن غصب عبدا
فباعه واعتقه المشترى ثم اجاز المولى البيع فالعتق جايز استحسانا وهذا
عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق
بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والموقوف لا يفيد
الملك ولو ثبت فى الاخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح
للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدى الضمان
ولا ان يعتق المشترى والخيار للبايع ثم يجيز البايع وكذا لا يصح بيع المشترى
ثم يؤدى الضمان ولا ان يعتق المشترى والخيار للبايع من الغاصب فيما نحن
فيه مع انه اسرع حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق
المشترى من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا
بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق
مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى من الراهن واعتاق
الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون
بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب نفسه لان الغصب غير موضوع لافادة
الملك وبخلاف ما اذا كان فى البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق وقران
الشرط به يمنع انعقاده فى حق الحكم اصلا وبخلاف المشترى من الغاصب
اذا باع لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره
ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشترى منه كذا ذكره
هلال وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع
فالارش للمشترى لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل

على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفى
لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم فى الرق يكون
الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشترى فى يد المشترى والخيار للبايع
ثم اجيز البيع فالارش للمشترى بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما
زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل فى ضمانه او فيه شبهة عدم الملك
قال فان باعه المشترى من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثانى
لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة فى البيع الاول
والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال
فان لم يبعه المشترى فمات فى يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا
ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل
اذ لم يكن ايجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه
لا ملك للمشترى عند القتل ملكا يقابل البدل فتحقق الفوات بخلاف البيع
الصحيح لان ملك المشترى ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قايما
بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشترى البينة على
اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم يقبل بينته
للتناقض فى الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية
على صحة الدعوى وان اقر البايع بذلك عند القاضى بطل البيع ان طلب
المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشترى ان يساعده
على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشترى قال رحمه الله
ذكر فى الزيادات ان المشترى اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار
البايع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد فى هذه المسئلة فى يد المشترى
وفى تلك فى يد غيره فهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين
سالما للمشترى قال ومن باع دار الرجل وادخلها المشترى فى بنائه
لم يضمن البايع عند ابى حنيفة رحمه الله وهو قول ابى يوسف اخرا وكان
يقول اولا يضمن البايع وهو قول محمد رحمه الله وهو مسئلة غصب العقار

وسنبينه فى الغصب والله اعلم

باب السلم

السلم
عقد مشروع فى الكتاب وهو اية المداينة وقد قال ابن عباس رضى الله عنه
اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اطول اية فى كتابه وتلا قوله
تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الاية وبالسنة وهو ما روى
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم
والقياس وان كان يابأه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع
المعدوم هو المسلم فيه قال وهو جايز فى المكيلات والموزونات لقوله
عليه السلام من اسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم او وزن معلوم الى اجل
معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه
لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة فى
العقود للمعانى والاول اصح لان التصحيح انما يجب فى محل اوجبا العقد فيه
ولا يمكن قال وكذا فى المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذراع والصفة
والصنعة ولا بد منها ليرتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا فى
المعدودات التى لا يتفاوت كالبيض والجوز لان العددى المتقارب
معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير
سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه
يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الاحاد فى المالية يعرف العددى
المتفاوت وعن ابى حنيفة رحمه الله لا يجوز فى بيع النعامة لانه يتفاوت
احاده فى المالية فكما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر رحمه الله
لا يجوز كيلا لانه عددى وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت
ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا فى الفلوس عددا وقيل هذا عند ابى حنيفة
وابى يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية
فى حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما فلا تعود وزنيا وقد ذكرناه

من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه
يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد
ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش
في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب
لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد
وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه
حتى العصافير قال ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها
اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب
حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد
به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال
ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل
حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا
فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله اذا كان موجودا وقت المحل
لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا
في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد
من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل
فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم
قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض
قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم
القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم
فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا
معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع
يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعند ابي حنيفة رضي الله عنه
انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده
قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا وصف

من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف
لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة
العظم وكثرته وفي سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة
مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني هو الاصح
والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة
ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى به
قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث
ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه
شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه
فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال
ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة
كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلاثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم
والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه
لا يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة
وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا
فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء
للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في طعام قرية
بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه افة فلا قدرة على التسليم واليه اشار
عليه السلام حيث قال ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه
المسلم ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الوصف لا باس به على ما قالوا كالخشمراني
ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رحمه الله الا
بسبعة شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية
او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا كذا
كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه

مابينّا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره
كالكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذى يوفيه فيه اذا كان له
حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس المال اذا كان معيّنا ولا الى مكان
التسليم ويسلمه فى موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما فى الاولى
انّ المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انّه
ربّما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل فى المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدرى فى
كم بقى او ربّما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى ردّ رأس المال والموهوم
فى هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافى بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا
لانّ الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم
جنسين ولم يبيّن رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبيّن مقدار
احدهما ولهما فى الثانية انّ مكان العقد يتعيّن لوجود العقد الموجب للتسليم فيه
ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان فى الاوامر وصار
كالقرض والغصب ولابى حنيفة رحمه الله انّ التسليم غير واجب فى الحال فلا
يتعيّن بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعيّن فالجهالة فيه يفضى الى المنازعة
لانّ قيم الاشياء يختلف باختلاف الاماكن فلا بدّ من البيان وصار كجهالة
الوصف وعن هذا قال من المشايخ من قال انّ الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف
كما فى الصفة وقيل على عكسه لانّ تعيّن المكان قضية العقد عندهما وعلى
هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع
نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك فى الثمن والصحيح
انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وعندهما يتعيّن
مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة
لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه
فى مكان الذى اسلم فيه قال رحمه الله وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع
ذكر فى الاجارات يوفيه فى اىّ مكان شاء وهو الاصحّ لانّ الاماكن كلّها سواء ولا
وجوب فى الحال ولو عيّن مكانا قيل لا يتعيّن لانه لا يفيد وقيل يتعيّن لانه

يفيد سقوط خطر الطريق ولو عيّن المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع
تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصحّ السلم حتى يقبض رأس
المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين
وقد نهى النبىّ عليه السلام عن الكالى بالكالى وان كان عينا فلانّ السلم
اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بدّ من قبض
احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بدّ من تسليم رأس المال ليتقلب
المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصحّ السلم اذا كان فيه
خيار الشرط لهما او لاحدهما لانّه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد
فى حق الحكم وكذا لا تثبت فيه خيار الرؤية لانّه غير مفيد بخلاف خيار
العيب لانّه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق
ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مرّ نظيره وجملة الشروط
جمعوها فى قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله
وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتى درهم فى كرّ حنطة
مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم فى حصة الدّين باطل
لفوات القبض ويجوز فى حصة النّقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد
لانّ الفساد طارٍ لان السّلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق
صحّ الا انّه يبطل بالافتراق لما بيّنا وهذا لانّ الدّين لا يتعيّن فى البيع الا يرى
لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال
ولا يجوز التّصرف فى رأس مال السّلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من
تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثانى فلانّ المسلم فيه مبيع والتصرّف
فى المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية لانه تصرّف فيه فان
تقايلا السّلم لم يكن له ان يشترى من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كلّه
لقوله عليه السّلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اى عند الفسخ ولانّه
اخذ شبها بالمبيع فلا يحلّ التصرّف فيه قبل قبضه وهذا لانّ الاقالة بيع جديد
فى حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا

لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه فى المجلس لانه ليس فى حكم الابتداء من
كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم
فى كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاءً
لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله
لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين
لنهى النبى عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل
الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة
ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه فى حكم خاص وهو حرمة
الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض
الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظة الاعارة فكان المردود عين
الماخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع الصفقتان قال ومن اسلم فى كر فامر رب السلم
ان يكيله المسلم اليه فى غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر
بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه فى الدين دون العين فصار
المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان
عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت
الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف
ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين فى المسلم
للمسلم اليه وفى الشراء للمشترى لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه فى البحر فى
السلم يهلك من مال المسلم اليه وفى الشراء من مال المشترى ويتقرر الثمن
عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل فى الشراء فى الصحيح لانه نائب عنه فى الكيل
والقبض بالوقوع فى غرائر المشترى ولو امره فى الشراء ان يكيله فى غرائر البائع
ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر فى يده
فكذا ما يقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله فى ناحية من بيت البائع لان
البيت بنواحيه فى يده فلم يصر المشترى قابضا ولو اجتمع العين والدين
والغرائر للمشترى ان بدا بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه

واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره
ان يزرعها فى ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف
دينار وان بدا بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما
العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابى حنيفة رحمه الله
فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضى به من جهته لجواز ان يكون مراده
البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه
فى المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن اسلم جارية
فى كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت فى يد المشترى فعليه
قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة
تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفى السلم المعقود عليه انما
هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء
لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد فى المسلم فيه انفسخ فى الجارية تبعا
فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بالف ثم
تقايلا فماتت فى يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة
باطلة لان المعقود عليه فى البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا يصح الاقالة ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة
حيث يصح الاقالة ويبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه
قال ومن اسلم الى رجل دراهم فى كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال
رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى
انكار الصحة لان المسلم فيه يربو على راس المال فى العادة وفى عكسه قالوا
يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابى حنيفة رحمه الله لانه يدعى الصحة وان
كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة
وسنقرره من بعد ان شاء الله ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب
السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت فى انكاره
حقا له وهو الاجل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر

النفع في ردّ رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم
عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا
قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت
لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح واذا انكر الصحة
وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على
عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه
ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم
لازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان
خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما
للمنكر وان انكر الصحة قال ويجوز السلم في الثياب اذا بيّن طولا وعرضا
ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير
لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في
الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع
وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس في اللبن والآجر اذا سمّي
ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن قال وكل ما امكن
ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة
وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون
الوصف يبقى مجهولا جهالة يفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طشت
او قمقم او خفين او نحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وان كان
لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير
اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع
المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما و
المعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته
قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار حتى لو باعه الصانع قبل ان
يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه

وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط
وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود
عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع
فلما ذكرناه واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه
غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما
يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب
الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا
تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ
على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع
فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه دين يحتمل السلم وجواز
السلم بالاجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل
على السلم اولى **مسائل منثورة** قال ويجوز بيع الكلب والفهد
والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز
بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب
لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس
العين والنجاسة يشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكان منتفيا
ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه
منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية
لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم
نجاسة العين ولو سلّم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر
والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها
ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين
لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير
خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير

كعقدهم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون
دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال
ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة
من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من
الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين
واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا ويلتحق باصل العقد خلافا
لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد
في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع لكن
من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا
لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها
فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على
الكمال وهذا قبض لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهة فصار فعله كفعله
وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر
بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير
قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب واقام البائع
البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه
يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر
اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه
الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن
اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لانه
حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله
ويقبضه فاذا حضر الاخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله

لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير
امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه
مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع
صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا
كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء
اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل
خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب
والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف
الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على اخر
عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه
ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته
بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير
الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب
ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له ولا نظير له قال
اذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس
فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة
والصيد لمن اخذ وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره
او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما
اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه
او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه
تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء والله اعلم

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل

واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد
الى يد والصرف هو النقل والرد لغة اولانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع
بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة
صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان
اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل
وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه
في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر
رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض
احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة
فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا
يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين
الاخر لاطلاق ما روينا ولانه وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين
لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه
الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس
او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح
الى سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض راس مال السلم بخلاف المخيرة
لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة
ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاوها
فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات
الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما
لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار
في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف
في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة
حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد
حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما
نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا يتعين فينصرف العقد الى مطلقها و
لكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى
الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض
لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز
بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط
القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق
فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم
افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس
لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي
مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز وهو الظاهر منهما وكذلك
لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز
البيع وكان المقبوض حصة الحلية وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك
ان قال خذ هذه خمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال
الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر
حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا
في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا
لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان قد يتخلص بغير ضرر
جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق
والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل
منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الفساد من وجهين
فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع
فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله
فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طار لانه يصح ثم بطل

بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشترى بالخيار ان شاء
اخذ الباقى بحصته وان شاء ردّه لان الشركة عيب فى الاناء وان باع قطعة
نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقى بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس
بخلافه وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع
كرّ شعير وكرّ حنطة بكرّى شعير وكرّى حنطة لهما انّ فى الصرف الى خلاف
الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع
لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى
قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح
الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد
آخر بالف وخمسمائة لا يجوز فى المشترى بالالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف
اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن
تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا
من غير قبض فسد العقد فى الدرهمين فلا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا
انّ المقابلة المطلقة يحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما فى الجنس بالجنس وانه طريق
متعيّن لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه
الاصلى وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد
مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة
لانه يصير تولية فى القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق فى المسئلة
الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفى الثالثة
اضيف البيع الى منكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفى الاخيرة العقد
انعقد صحيحا والفساد فى حالة البقاء وكلامنا فى الابتداء قال ومن باع
احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار
بدرهم لان شرط البيع فى الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به
ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى فيهما ولو تبايعا

فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شئ آخر يبلغ قيمته باقى الفضة
جاز البيع من غير كراهة وان لم يبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب
لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على
آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع
الدينار وتقاصّا العشرة بالعشرة فهو جايز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة
مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا
والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة
فاذا تقاصّا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك
يكون استبدالا ببدل الصرف وفى الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس
العقد على ما نبينه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف
ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا نقول بالاقتضاء وهذا
اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك فى اصح الروايتين لتضمنه
انفساخ الاول والاضافة الى دين قايم وفى تحويل العقد يكفى ذلك
للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين
ودرهم غلة والغلة ما يردّه بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة
فى الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب
على الدراهم الفضة فهى دراهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب
فهى ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر فى الجياد حتى لا يجوز
بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعضها الا متساويا فى الوزن وكذا لا
يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا يخلو عن قليل غش عادة لانها
لا ينطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما فى الردى منه فيلحق الغش
القليل بالرداءة والجيد والردى سواء فان كان الغالب عليهما الغش
فليسا فى حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة
خالصة فهو على الوجوه التى ذكرناها فى حلية السيف وان بيع بجنسها
متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهى فى حكم شيئين فضة

وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين
واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر
قال رحمه الله ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالى والغطارفة لانها
اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت
تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن وان كانت تروج بالعد
فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد
فيهما اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت تروج يكون اثمانا لا يتعين بالتعيين
واذا كانت لا تروج فهي سلعة يتعين بالتعيين وان كانت يقبلها البعض
دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان
كان البايع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان
لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس
المعاملة بها بطل البيع عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله
عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها اخر ما تعامل
الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه
لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقى العقد وجبت
القيمة لكن عند ابى يوسف وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع
لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابى حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد
لان الثمنية بالاصطلاح وما بقى فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع
يجب رد المبيع ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال
ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان
لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى
نعينها لانها سلعة فلا بد من تعيينها واذا باع الفلوس النافقة ثم كسدت
بطل البيع عند ابى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو نظير الذي بيناه ولو
استقرض فلوسا فكسدت عند ابى حنيفة رحمه الله عليه مثلها لانه اعارة
وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما

يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها
كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابى يوسف يوم القبض وعند محمد
يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع
وقول محمد انظر وقول ابى يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم
فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق
فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه
اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان
عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند
الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين
فلوس فكذلك عند ابى يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم معلوم وهو
المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما
دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما
بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابى يوسف اصح سيما في ديارنا
قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم
بالفلوس جايز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابى حنيفة
رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره
ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف
درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس
نصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما
وراءه بازاء الفلوس قال رحمه الله وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة
قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هو ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل
في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي

رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس
المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله
عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه
يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين
باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم
في المطالبة فيه قال وينعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او
بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ تعبر بها عن البدن
اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او
بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا
كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما
عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال
ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه
في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا
اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل
هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه
التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في
وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان
احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول
مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة
ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق
قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل ان
يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزم وحصل المقصود به
وهذا لانه ما التزم تسليمه الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي
فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرا لان الظاهر
المعاونة على الامتناع لا على الاحضار وكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية

لم يبرا لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه
في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه
برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرا لانه
قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير المطالب لا يبرا
لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من
الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصل فيسقط الاحضار
عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه
وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له
فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال
ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ
لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب
التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب
بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله
لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا
فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان
الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد
الشرط لزمه المال ولا يبرا عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه
بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي
رحمه الله لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه
البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح
تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين
والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به
غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم
الموافاة قال ومن ادعى على اخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل
بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه

المالية عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها
حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق ما لا مطلقا بخطر
لا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها
ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب
لا يصح الكفالة بالنفس فلم يصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين
ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال
فى الدعاوى فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق باصل الدعوى
فتبين صحة الكفالة الاولى فترتب عليه الثانية قال ولا يجوز
الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند ابى حنيفة رحمه الله معناه
لا يجبر عليها وقالا يجبر فى حد القذف لان فيه حق العبد وفى القصاص
لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابى حنيفة رحمه الله
قوله عليه السلام لا كفالة فى حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء
فلا يجب فيه الاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات
فيليق بها الاستيثاق كما فى التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه
امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل
فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه القاضى لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد
شطرى الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس فى باب الاموال
لانه اقصى عقوبة فيه فلا تثبت الا بحجة كاملة وذكر فى ادب القاضى ان على
قولهما لا يحبس فى الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق
بالكفالة قال والرهن والكفالة جايزان فى الخراج لانه دين مطالب به
ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ
من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه
التزام المطالبة وهى متعددة والمقصود التوثق والثانية يزداد التوثق
فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجايزة معلوما كان المكفول به او مجهولا

اذا كان دينا صحيحا مثل ان تقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك
فى هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيه الجهالة وعلى الكفالة
بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا تكفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل
السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة
وسياتيك فى موضعه ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء
طالب الذى عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى
الذمة فى المطالبة وذلك يقتضى قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه
البراءة عنه فحينئذ ينعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ
بها المحيل يكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما
لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما
يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثانى اما المطالبة بالكفالة ههنا
لا يتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل
ان يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه فعلى وما غصبك فعلى
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة
ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملايم له مثل ان يكون شرطا
لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم
زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما
ذكر من الشروط فى معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت
الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب
المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة
كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه
ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح
الضمان به وان لم يقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه فى مقدار ما يعترف به
لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله
لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق فى حق نفسه لولايته عليها

قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه
التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه
على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع
بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره يرجع بما يؤديه لانه
متبرع باداءه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه
رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة
او بالارث وكما اذا ملك المحتال عليه لما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء
الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف
ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا
ابراء الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان
يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل
الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان
يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه
ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابراء الطالب المكفول عنه واستوفى
منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل يوجب براءة الكفيل لان الدين عليه في
الصحيح وان ابراء الكفيل لم يبراء الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين
على الاصيل بدونه جايز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله
ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء
موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر
فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار
الاجل داخلا فيه اما هنا بخلافه فان صالح الكفيل رب المال من الالف على
خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف
الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته يوجب براءة الكفيل
ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان اذا
كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه

فيرجع بجميع الالف وان كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبراء الاصيل
لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال للكفيل ضمن له ما لا قد برئت
الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره لان البراءة التي
ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون
هذا اداء بالاقرار فيرجع ولو قال ابرأتك لم يرجع على المكفول عنه لانه براءة
لا ينتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال
محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى
ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر
ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا
اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى
انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق
لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل لانه يرتد في حقه اما
لا يرتد في حق الوكيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة به
كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه
عليه وهذا لان العقوبة لا يجري فيه النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن
جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البايع بالمبيع لم يصح لانه عين
مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كان يصح عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض
على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان
امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل
بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم
المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة للحمل
عليها فان كانت بعينها لم يصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير
عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق

وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال
ولا يصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه واجاز ولم يشترط في بعض
النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام
فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه
في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه
فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا
في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به
مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول
لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال ويقال انه قائم مقام الطالب لانه
يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو
قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه
ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به
كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه
في الحكم مال لانه يؤل اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء
فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه
او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه
الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض
على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته
ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع
على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق
لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب
بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب

للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل
ولهذا لو ابراء الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه
نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين فرقا قررناه في البيوع ولو كانت
الكفالة بكر حنطة فقبضها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه يملكه قال
واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي
حنيفة رضي الله عنه في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه
ربح في ملكه على الوجه الذي بينا فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك
اما لانه سبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار
قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين
فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه
وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف بامره
فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي
ربحه البايع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر
عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة
في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض
عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة
لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد
وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين
لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح
اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما
قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على
المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظه
القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال
يقضى به وهذا ماض اريد به المستأنف كقوله اطال الله بقاءك والدعوى

مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل
عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة
بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق
بخلاف ما تقدم وانما تختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة
بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه
احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار
بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه يعتمد
صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع
الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد
ظُلم في زعمه فلا يَظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فيبطل زعمه
ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت
مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته
وان لم يكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه
اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البايع قال
ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا يكون
مشروطة في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك
وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم
قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد
بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين والله اعلم

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له
الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام
المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال
امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على
المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما
لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا

لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل حصته ولا يجوز
ذلك بما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب
احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه
وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل
ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها
ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش
وفداء الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق فان اريد بها ما ليس
بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام
علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصته منها والرواية
باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول
قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له حالة
فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه
وهي تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح
انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت
الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة
نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق
الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق
قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل
حتى يقضى له على البايع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية
ما لم يقض له بالثمن على البايع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البايع
والكفيل وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل قال ومن اشترى
عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة
قد يقع على الصك القديم وهو ملك البايع فلا يصح ضمانه وقد يقع على العقد

وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة عن الكفيل كما يصح عن الاصيل وكما يصح الحوالة عن المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه

حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جايز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي عنه بامره وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم بالصواب

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه شيء حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع الى العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل له رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه

بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد
منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون
على العبد دين حتى يصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره واما كفالته عن
العبد يصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع
وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب
على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا ينقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير
امره فاجازه ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين
غير مستقر لثبوته مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه
سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي
معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رضي الله
عنه لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون
قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح
كالكفالة وانما اختصت بالديون لانه تنبئ عن النقل والتحويل في الدين
لا في العين ويصح برضى المحيل والمحتال له والمحتال عليه اما المحتال فلان
الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال
عليه فلانه يلزم الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة يصح
بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف
في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره
قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر لا يبرء اعتبارا
بالكفالة ان كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة
الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام
الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ومعنى التوثق فيه باختيار الاملى والاحسن
في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه
بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه
وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود
الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او ينفسخ
الحوالة لفواته لانه يحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى
عند ابي حنيفة رحمه الله احد امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه
او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة
وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا
بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله
غاد ورائح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل
احلت بدين لي عليك لم تقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع
قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول
قول المنكر واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه
لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال
يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون
القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها آخر
فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم
الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف
كلا فوات وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيد في هذه الجملة
ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن
وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبة به
فياخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق
لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج
وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا والله اعلم

كتاب ادب القاضي

قال ولا يصح ولاية القاضي
حتى يجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول
فلان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية

فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية القضاء
والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة
فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق
باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه
مشايخنا وقال الشافعي رحمه الله الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته
عنده وعن علماء الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ
اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد
عدالته فلم يكن راضيا بدونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين
وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية
الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي على القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم
ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال
الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام
من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة
المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث
لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها
عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال ولا باس بالدخول في
القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه
وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره الدخول
فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته
القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل قاضيا فقد ذبح
بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة
فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا
كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق

العباد واخلاء العالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا
يسئلها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل
على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معوية والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته
والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء
بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد
القضاء يسال ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرايط التي فيها السجلات وغيرها
لانها وضعت فيها ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء
ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح
لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي
هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول
او امينه ويسالانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه
على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال
المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم
ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة
لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق
ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودايع وارتفاع
الوقوف فيعمل على ما يقوم به البينة او يعترف الذي هي في يده ولا يقبل قول
المعزول عليه الا ان يعترف الذي في يديه ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله
فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده
في الحال الا اذا بدا بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي والقاضي الثاني يقول
هو لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا
ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع

اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه
يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحايض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله
عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله صلى
الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون
في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد
كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحايض
تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين
خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا باس به ويأذن
للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده
تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء
بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري العادة وفيما
وراء ذلك يصير اكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته
وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء
فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف
العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه
وان كان خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها
قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام
للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين سوى
خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا
سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء
فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا
يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه
احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب مهابة
القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا
وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف

رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس وكان
تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والكفيل

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل
بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها
وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله
طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله
اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور مطله لظهور المطل بانكاره
قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع
او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه
به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر
على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى
ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد
دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى
ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له
الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق
العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج
على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى يسقط النفقة
بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان
القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه
يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما
يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان يمتد المدة ليفيد هذه الفائدة
فقدره بما ذكر ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر
والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه
قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة
الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة

يقبل في رواية ولا يقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في
الكتاب خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة
وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند
القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان
معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند القاضي وعنده مرة وظهرت مماطلته
والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته
لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه
الولد على والده كالحد والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه
احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله اعلم بالصواب

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على
خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا
بغير خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز ويكتب بالشهادة ليحكم
المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص
بشرائط نذكرها ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه
الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق
يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة
المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى
الاشارة وتقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا تقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون
الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه
وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال
ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه
الكتاب فلا تثبت الا بحجة تامة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب وهذا
لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان

الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا
ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه
اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم
بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم
معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا شيء من ذلك ليس بشرط و
الشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا
سهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي
قول ابي يوسف قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه
بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل
لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان
القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم
والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله لما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح
والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج
الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب
اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل
وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يفيد اخباره قاضيا
آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن
فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا
وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا
لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا
يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية
فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في
اثباتهما

فصل آخر

قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في
الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر في الوجه وليس للقاضي ان

يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه لانه قلد القضاء دون التقليد به
فصار كوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف
الفوات لتوقته فكان الامر اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى
الثاني بحضرة الاول وقضى الثاني فاجاز الاول كما في الوكالة وهذا لانه حضره
رأى الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل
حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب
او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف
فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان
القضاء متى لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول
وقد ترجح الاول باتصال القضاء فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه
مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه
روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين
لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا
لما ذكر والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع الجمهور لا يعتبر مخالفة
البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في صدر الاول
قال وكل شئ قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب
معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور
وقد مر في النكاح ولا يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال
الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة وظهر الحق ولنا ان العمل
بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل
الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما تختلف ولو
انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف
ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي
من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه

على الحاضر وهذا في غير صور من الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر
في جعله خصما عن الغايب وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض
القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء
الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة
ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب
بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج والله اعلم

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا
بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما
وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما
فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي
والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا
باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى
ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما
فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما
واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه
ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم
التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على
دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في ساير المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج
الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكما في دم خطاء فقضى بالدية على
العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو
على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف
لرأيه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا يعقله ويجوز
ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو
اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله

لان الولاية قايمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية كقول المولى
بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه
سواء وهذا لانه لا يقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة وكذلك لا يصح القضاء
لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه يقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك
القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس
لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
بغير رضى صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا
اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة
رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك
يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل
عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر
والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو
من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زايغة مستطيلة
يتشعب عنها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى
ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو
لاهلها حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لانه
فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح
ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه
يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت مستديرة قد لزق
طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة
مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى
في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جايز وهي مسئلة
الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان
مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جايز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا

يفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يدي رجل انه
وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام
البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل بينته
لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها
ولو شهدوا به بعده يقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام
البينة على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا ذكره
في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى
الشرى رجوع عنه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة
لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر
ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحد
كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على
ترك الخصومة تم الفسخ ان كان يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك
الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري
فات رضاء البايع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم
ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض
ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز
به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر
قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى
لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف
وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا
لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوق
ما يغلب عليه الغش ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك
شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره
هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق
خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكره ان يصدقه لان احد العاقدين

لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق
اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر مالا فقال
ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على
القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا يقبل لان القضاء
يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق
قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت
ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال
ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء
لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة
بدون المعرفة وذكر القدوري انه يقبل ايضا لان المخدرة او المحتجب قد
يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد
ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باع منه جاريته فقال لم ابعها
منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة
انه برئ اليه من كل عيب لم يقبل بينة البائع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل
اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء
وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا
بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق
كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب
في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان شاء هو على الخلاص وعلى ما قام بذكر الحق
وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر
للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم
العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق
وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير
كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

قال واذا مات
نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة
اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها
لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت
في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة
نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة
فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي محتاجة
اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال
ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث
خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل
انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر
بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته
بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها
فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه
ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره
للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان
الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني
له مكذب فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم
كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط بعض القضاة وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا اخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة
ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر
ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت يقع بغتة فيحتاط بالكفالة
كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله
ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق

سوهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ثمن في بيع او اثبت الدين
على العبد حين بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا
كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما
الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع
بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان
له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان
المجتهد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل
اقام بينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغايب
قضي له بالنصف وترك الاخر في يد الذي هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هي في يده جاحدا اخذ
منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خاين فلا يترك
المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء للميت مقصودا واحتمال
كونه مختار الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء
القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له و
للقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج
فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا
يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا حكم وصي الام
والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله
فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي
انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة
ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين
فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة
وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء بنفسه لانه
عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار
كما اذا اقامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة

اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر
القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة
وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه
قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب
العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة
من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال
ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع
في حالة الاستغناء فتنصرف الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف
رحمه الله لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند محمد
رحمه الله لا يدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض
الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد
قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة
المال فلا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم
باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت
الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته
هذه مقدمة ولم يقدر اي محمد بشيء لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته
ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة
وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال
ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جايز
ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول
ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه
الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف
على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف
على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت
لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام

امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة عزلا حتى يشهد عنده شاهدان او رجل
عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات
وبالواحد فيه كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد
شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان
عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى
بجناية العبد والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر واذا باع القاضي او امينه
عبدا للغرماء فاخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين القاضي
قايم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وبكل واحد منهم لا يلحقه ضمان
كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء
لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد
محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق
او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة
عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال
ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم
فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في
امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان
العاقد عاملا له فصل اخر اذا قال القاضي قد قضيت على
هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل
وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان
قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه
واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال في اكثر القضاة الا في كتاب القاضي
للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة
ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الامام ابو منصور
ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا
يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا فان كان جاهلا فاسقا او عالما

فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال
واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت به
بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال
قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال
مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه
كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الاخذ بما
اقر القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما
اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد
العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية
للضمان كما اذا طلقت واعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو
اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب
الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب
الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان
المال في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق
القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه يوخذ منه لما اقر لانه
اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه
ليس بحجة والله اعلم بالصواب

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود الاداء ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم
المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه اثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على
طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد في الستر والاظهار
لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي عن الهتك قال والستر افضل
لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال
عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وفيما نقل

من يلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضوان الله عليهم اجمعين
دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول
اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت
السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال
والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال
لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث
الزهري رضي الله عنه مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية
لقيامها مقام شهادة الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة
ببقية الحدود والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى فاستشهدوا
شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى
ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق
مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك
وقال الشافعي رحمه الله لا يقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها
لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية
فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا يقبل في الحدود ولا يقبل شهادة الاربع منهن
وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا
فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى
عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل
العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل اخبارها
في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد
ذلك الا الشبهة فلهذا لا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع
الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال
ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال

شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة
على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر
لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه
من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان
شهدن انها بكر يؤجل في العنين ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل
وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البايع
لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع اما شهادتهن على
استهلال الصبي لا يقبل عند ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع الرجال الا في حق
الصلوة لانه من امور الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لانه صوت
عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد
لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم يقبل شهادته اما العدالة لقوله تعالى
ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة
هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف
رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة يقبل شهادته لانه
لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو
بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان
النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة
توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة
اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة
الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من
معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال
ابو حنيفة رضي الله عنه يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل
حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا

في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم
دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه
يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان
الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم لانه يقابل الظاهر الظاهر فيسأل
طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية
في سائر الحقوق لان القضاء مبنيه على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف
عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى
المعدل فيها فيسأل النسب والحلى والمصلى ويرده المعدل كل ذلك في السر
كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد
لينتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع
الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله في تزكية العلانية
بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد
قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال
وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول
الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز
تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية اخرى الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه
الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره
فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا
اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول
القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد
منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد
له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة
وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة

في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه
لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر تحكمي في الشهادة
فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح
العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله
الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربع في تزكية شهود
الزنا عند محمد رحمه الله **فصل** وما يتحمله الشاهد على ضربين
احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم
فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم
ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا
فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من
وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة
الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس
للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة
ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد
بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده ولان الشهادة غير موجبة بنفسها
وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد
وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله
وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة
لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في
ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة و
النقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا
اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت
قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح

والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها
من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك
بالعلم ولم يحصل وصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور يختص بمعاينة
اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم يقبل
فيها الشهادة على التسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه
كل واحد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق
به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل
له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله
غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج
ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي
انه يشهد بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق
الشهادة ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل
عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان
بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد
غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر
للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع
في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب
وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولاء
يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف
فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله هو الذي
يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له
لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى
بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل
ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي رحمه الله
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى امانة

وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك
حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب
يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد
والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك
لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما
فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له
ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله اعلم بالصواب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة
الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يقبل فيما يجري فيه
التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله
يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول
ولسانه غير مؤوف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان
الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى
الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب
دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها
حجة وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية
بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية
وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا
فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله يقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم يقبل شهادته

لان للكافر شهادة وكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى
بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته
بعد العتق ولهذا لو شهد العبد في حادثة فرد القاضي شهادته فشهد في تلك
الحادثة بعد العتق لا يقبل وفي الزوج والفاسق يقبل ولو ضرب الكافر بعض
الحد ثم اسلم ثم شهد يقبل لان المضروب بعد الاسلام ليس بحد فلا يتبعه ما هو
من تمامه وهو الرد قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد
لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا
الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى
لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا
لا يجوز اداء الزكوة اليهم فيكون الشهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة
قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع
باهل البيت وقيل الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر لمنافعه عند اداء
الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا يقبل شهادة احد الزوجين للاخر
وقال الشافعي رحمه الله يقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا
يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما
في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة
وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم
لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه
من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه لان الحال موقوف مراعى
قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة
لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما يقبل لانتفاء التهمة
قال ويقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها
متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا يقبل شهادة مخنث
ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي

اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان
محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال
ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث
غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ
ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على
ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق به الحد للفسق قال
ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لان كشف العورة حرام قال او ياكل الربوا او يقامر
بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من يفوته الصلوة للاشتغال
بها فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد فيه
مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو
عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا ولا من يفعل الافعال المستحقرة
كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة واذا كان لا يستحيي
عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا يقبل شهادة من يظهر سب السلف
لظهور فسقه بخلاف من يكتمه ويقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال
الشافعي رحمه الله لا يقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد
وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية
مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي واما الخطابية فهم من غلاة
الروافض يعتقدون جواز الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة
لشيعتهم واجبة فيتمكن التهمة في شهادتهم قال ويقبل شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض وان اختلف مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله
لانه فاسق قال الله تعالى واولئك هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره
ولهذا لا يقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده
الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير
مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف

المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له
بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان
اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا يقبل شهادة الحربي
على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل
دارنا وهو اعلى منه ويقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي
ويقبل شهادة مستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان
كانوا من دارين كالروم والترك لا يقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية
ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال
وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته
وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر
كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة
المشروطة ولا يرد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو
مفتوح احياء للحقوق قال ويقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا
اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي فان عمر
رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا
قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال
مالك رحمه الله لا يقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل
لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه
رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة قال وشهادة العمال جائزة والمراد
عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا
على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه يقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا
للمروة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما
اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس
لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت

وللميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس
انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب
الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين
لا ان يثبت بها شيء وصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي
نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف
الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين
للميت عليهما دين يقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما مقران على انفسهما
فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكله بقبض
ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم يقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك
نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة
قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل
تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر
واجب والاشاعة حرام وانما يرخص ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت
الحكم ولو شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار ما يدخل تحت الحكم قال
ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم يقبل لانه
شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان امرا زايدا عليه فلا خصم في اثباته حتى
لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا
الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده يقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت
الجرح بناء عليه وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته
اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال
ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف
او شريك المدعي يقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي
فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق
علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس
القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما

اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
اوخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار
ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او
في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام
اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد
ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس
اذا كان عدلا فالظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم
الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت
فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة
رحمه الله فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما
تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة
والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد
احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف
والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على
اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين
بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف
جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي
يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا
ومعنى لان الالف والخمسمائة عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر
الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف
العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين
وان قال المدعي لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة
لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب
ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت

خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف وقال احدهما
قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله قضاه
لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي
بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه
ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه
قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا
على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاه فالشهادة جائزة على القرض
لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا
انه لا يقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا
هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال
واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر
بكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست
احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى
لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينقض بالثانية قال
واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة
والاخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقطع في الوجهين
جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض
وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء
فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار
كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان
يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب
آخر وهذا يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيها بالنهار على قرب منه
والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه
فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر
انه اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب

وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به فلم يتم العدد على كل
واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق
بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود
هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق
لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال
والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هي المراة والعبد والقاتل لان المقصود
اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة
دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف
صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل
لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة
دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد
مضي المدة والمدعي هو الاجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز
بالف استحسانا وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا
وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمهما الله لهما ان هذا اختلاف
في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله
ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما
هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه
ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت
المراة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها
قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا
اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في
يديه فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى
ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث

ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان
ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة
ويحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى
بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على
قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة
الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر
والنقل فان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت الشهادة
لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة
بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي
نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم يقبل وعن ابي يوسف رحمه الله انها
تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا
وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي ووجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة
قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر
القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ
لانه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به
وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي
لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها
كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة
جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ
شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم يجز الشهادة
على شهادته الى توى الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت
الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن
الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز

الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قايمان مقام واحد فصار كالمراتين
ولنا قول على رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان
نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق اخر فتقبل ولا تقبل
شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه حق
من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد
الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي
بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنايب عنه فلابد من التحميل والتوكيل
على ما مر ولابد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء
وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة
وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان
فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا او قال لي اشهد على
شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل
ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال اشهدني
فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي
لابد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة
الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه
لابد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال
ولا يقبل شهادة الشهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة
ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان
جوازها للحاجة وانما يمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما
اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها
عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله ان كان في مكان
لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق
الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال
فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد

فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء
بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله
مقبول في حق نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا
عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا يقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم
ينقلوا الشهادة فلا يقبل ولابي يوسف رحمه الله ان الماخوذ عليهم النقل
دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا
حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم يقبل
شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط
قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلاني وقالا
اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال
للمدعي هات بشاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلابد من تعريفها بتلك النسبة
نظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري
لابد من اخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى
عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه قال وكذلك كتاب
القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال
ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية
لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لابد منه
في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية
خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة
والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ
يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى فصل

قال ابو حنيفة رحمه الله شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا
نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى
ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا كان يشهر ولا يضرب
ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر
ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر
رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى اربعين والتسخيم ثم تفسير
التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه
ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول
انا وجدناه شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة
السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي
عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان
اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفايدته ان شاهد الزور
في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات
ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات والله اعلم بالصواب

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود
عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما ثبت بالقضا والقاضي
لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي
ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان اخر كلامهم
يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل
الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم
لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره
من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ
للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي
قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر

والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى
المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا يقبل بينته عليهما
لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه
المال يقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا
ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر
البئر وقد سببا الاتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة
للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو
القاضي لانه كالملجاء الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر
استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض
المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين
اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر
في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق
وان شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته
كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان
فاولى ان يمتنع فان رجع اخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى
نصف الحق وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع المال لبقاء ثلاثة
الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي
نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمانية لا ضمان عليهن لانه
بقي من يبقى بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف
بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل
والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة
رحمه الله ان كل امراتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان
عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك

ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف
الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما
دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم
قال وان شهد شاهدان على امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان
عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند
الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك
لانها تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهد على رجل بتزوج
امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول
في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة بين
الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا
الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع شئ بمثل القيمة
او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من
القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون
البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط
الخيار اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول
بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها
لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى
الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق
المتعة وكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا
قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد
القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل
تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل
مباشرة يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو
مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع

النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع
الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان
الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم وكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود
الاصل لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب
وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما
قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع
لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة
الاصول فصار كانهم حضروا ولم رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما
على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه
بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة
الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما
والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب
شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضا
لا ينقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا
على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا
كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية
فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض واذا شهد
شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود
اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف مضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض
الا ترى ان القاضي يقضي بشهود اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط
وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان
بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه

على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا
لحاجته وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج
عمر بن ام سلمه رضي الله عنها قال ويجوز الوكالة بالخصومة في ساير الحقوق
لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا
رضي الله عنه وكل عقيلا فيها وبعد ما اسن وكل عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها
واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما
مع الغيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال
غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم
الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء
فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود
ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته
دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة
وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في
الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى
الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في ساير الحقوق وعلى هذا
الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لان
الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم
الامر به وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم الا
ان يكون الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل
بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف
في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضى غيره كالتوكيل
بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون
في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا
كاتبه احدهما يتخير الاخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك

ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت
المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل
لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه
وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن
يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد
ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد
ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى
لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون
مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا
محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق
بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد
من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا
في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده
فتلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم بحال البايع ثم علم
انه صبي او عبد له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه يتعلق بالعاقد
فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده الوكلاء
على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه يتعلق
بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رحمه الله يتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة
لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل
بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة
عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
ولو كان سفيرا لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في
الحقوق فيتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب
بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك
من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد

ينهب وبصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره
ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج
بالمهر ولا يلزم وكيل المراة تسليمها لان الوكيل فيه سفير محض الا يرى انه
لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار
كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى
فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني
من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جاري
مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع
والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا
مملوكا للغير فلا يجعل اصلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة
والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف
الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه
اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن
للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ
منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان
له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل
اذا كان وحده وان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك
الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم بالصواب

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ
ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة
فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا
والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان
مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو

مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل
وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش
الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير
الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله
اذا وكل بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي
والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو
بين النوع ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة
ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لاخر
اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة
في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار
والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى
الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها
تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز
معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمار قال ومن دفع الى اخر دراهم
وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان
ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل
فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان
فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان
يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى
الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية
فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع
وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم
لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام

دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل ببيع طعاما فى ذمته على ان يكون
الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد
لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق
بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق
كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة فى العقد لا فى القبض
وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا
دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه
انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد الموكل
بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة التوكيل فيرجع عليه ولان
الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل يكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك
المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل
فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده حتى يستوفى الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع
من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه
اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط
حقه فى الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه
فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابى يوسف رحمه الله وضمان المبيع
عند محمد وهو قول ابى حنيفة رحمهما الله وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير
حق لهما انه بمنزلة البائع منه وكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه
ولابى يوسف انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف
المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ فى حق الموكل
والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة
ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم
لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون
وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع قول ابى حنيفه ومحمد لم يذكر الخلاف فى الاصل
لابى يوسف انه امره بصرف الدرهم فى اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى

به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين
ولابى حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراءها
عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك
الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير
مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود
الآمر قال ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه
يؤدى الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما
قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن
مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى وهو غايب
يثبت الملك للوكيل الاول فى هذا الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه
ولو اشترى الثانى بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره
رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا
فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال
رضى الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان
للآمر وهو المراد عندى بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه
تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه
كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة
العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان
نواها للآمر فهى للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل
للآمر فى هذا التوكيل وان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة
ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو
للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت
وعند ابى يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين
فيبقى موقوفا فمن اى المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما
يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما فى حالة التكاذب

والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء
عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول
قول الامر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول
اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو ينكر والقول
للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله
ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين
وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استينافه
الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة
بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر بخلاف ما اذا كان
الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان
امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن
منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه
لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته
على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفه رحمه الله ومن قال لاخر بعني
هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان قوله
السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم امره
لم يكن له لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا
وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه
ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي
وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي
وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما
ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما
في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو
امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما
بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الامر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما

سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء
بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت
فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان
شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت
الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى
احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري
بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق ولكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن
لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الامر
قال ومن له على اخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان
في تعيين المبيع تعيين البايع ولو عين البايع يجوز على ما نذكر ان شاء الله تعالى
وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه
الامر مات من مال المشتري وان قبضه الامر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو لازم للامر اذا قبضه المامور وعلى هذا
اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان
في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان
لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم
الامر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله انها تتعين في الوكالات الا ترى
انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون
ان توكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون
امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك
من شئت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف
ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل
نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه لانعقاد البيع
تعاطيا قال ومن دفع الى اخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها

فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول
المأمور اذا كانت يساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة
الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت يساوي خمسمائة
والآمر يتناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف
فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا
معناه يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البايع والمشتري
وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى
بينهما فيلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم
يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدقه
البايع فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف هنا لانه ارتفع الخلاف
بتصديق البايع المأمور اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر
الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين
البايع والبايع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر
بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد قال واذا قال العبد لرجل
اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه
فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء
العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع اليه الحقوق
فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعين للمولى
فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين
فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة
يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد
فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط
بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة يتوجه نحو العاقد
اما هنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه

لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي
نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد
يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته فالبيع يرد عليه من حيث
انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البايع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى
الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق
وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين ولكنه
اتى بجنس تصرف اخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان
فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا
لنفسه **فصل في البيع** قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز
ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة
اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان
ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله
ان مواضع التهمة مستثناة من الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول
الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف
على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا
بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات
فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء
الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة
من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع
وله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن
والعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة
على قول ابي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه ولانه بيع من كل وجه حتى ان من
حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما

نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد
كل واحد منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن
الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة
فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء
شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح
اذا زوجه امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل
في العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد
قال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض
ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف
يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن
لقلة التصرف قال واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل
بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف
لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف
قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا
باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع
وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه
فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة
الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى
الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق
لابي حنيفة رحمه الله ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وفرق آخر ان الامر بالبيع
يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح
فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض
الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة
او باباء اليمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب

في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي
يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور
التاريخ او كان عيبا لا يعرفه النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه
الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر
لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال
وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة
والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر
قال فان كان ذلك باقرار لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر
اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او نكوله
بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم
بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية
القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث
القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء
باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات
ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع
بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال
لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل
شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال
وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة
العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول
لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر
بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد
باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن
رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل

اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب
الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في
قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك
الموكل حجره عنه

فصل

واذا وكل وكيلين وليس احدهما ان
يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع
والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان
مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري
قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع متعذر فيها للافضاء الى الشغب
في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال وبطلاق
زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه
لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى
والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها
بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق
الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل
به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه انما رضي برأيه والناس
متفاوتون في الاراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول
له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني
وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول
وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله
بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه
وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فاته رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع
غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد
بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف
ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان
غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر

الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن
قال واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة
او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان
الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا
الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته ولان هذه ولاية نظرية فلا بد
من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر
يقطع الشفقة فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا
قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان تسلب الولاية واما
المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع
لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم يستقر جهة الانقطاع
اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح والله اعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة
وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة
ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض
والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة
من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية
لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على
ان لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي
بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال
والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى
لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من
يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضى بها ولابي حنيفة
رحمه الله انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه
لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة

والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ
الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء
لايكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها
قال والوكيل بقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض
ليس مبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو
في يديه البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغايب وهذا استحسان
والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم يعتبر وجه الاستحسان
انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البايع الغايب
تعاد البينة على البيع وصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل
في قصر يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا
اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم
في قصر يده حتى يحضر الغايب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل
بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف
رحمه الله يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور
بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول
ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذلك لو وكله
بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه
الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق
الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله فيصرف اليه
تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه
لا يملكه وعن محمد رحمه الله انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه
اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب
ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه وتخيير الطالب فيه فبعد ذلك يقول

ابو يوسف رحمه الله ان الوكيل قايم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء
فكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او
مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة
او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص
به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر
بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضاء
لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال
بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها
صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة
لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا نفسه فتنعدم بانعدام لازمته
وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع
الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال
ومن ادعى انه وكيل الغايب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه
لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص ماله فان حضر الغايب فصدقه والا
دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول
في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده
لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع
في يده لم يرجع عليه لان بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا
الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ
ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة
الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه
على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه
في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا
دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلناه وفي الوجوه كلها ليس له
ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المؤدى صار حقا للغايب اما ظاهرا او

محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال
الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه
ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر
له بمال الغير بخلاف الدين على ما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له
ولا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد
اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا
يصدقان في دعوى البيع عليه قال وان وكل وكيلا بقبض المال فادعى الغريم
ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء
لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه
ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البايع
رضاء المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك
ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذ اظهر الخطاء عند نكوله وهنا غير ممكن
لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابى حنيفة رضى الله عنه
كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا
يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان
القضاء وقيل الاصح عند ابى يوسف رحمه الله ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر
حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر قال
ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده
فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه
وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير
متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق
يتضمن الشراء فلا يدخلانه **باب عزل الوكيل** قال وللموكل
ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق
الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلت من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير

وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على
وكالته وتصرفه جايز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته
او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه
فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط
العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده قال ويبطل الوكالة بموت الموكل
وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم
فيكون له دوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض
وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر
عند ابى يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة
لانه تسقط به صلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد رحمه الله حول كامل لانه يسقط
جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابى حنيفة
رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان
قتل ولحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل
وكالته الا بموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان
الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى يموت او تلحق بدار الحرب لان
ردتها لا يؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او
المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة
على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل
بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف
على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا
مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب
مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضى الله وهذا عند محمد رحمه الله
فاما عند ابى يوسف رحمه الله لا يعود الوكالة لمحمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق لانه
رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قايمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين
فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابى يوسف رحمه الله انه اثبات

ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك
وباللحاق بالاموات بطلت الولاية فلا يعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد
الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا يعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رحمه الله
انه يعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان الوكالة في حق الموكل على الملك
وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قايم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر
بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل
ان توكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او توكله بتزويج
امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او توكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة
وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل
التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه
لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل
لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء
قاض فعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له
من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له بيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية
لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن
للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع وكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير
اختيار فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا
تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه
مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام
صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا عليه
بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك
بالظاهر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان
في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور
فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد

صورة لانه ينكر الضمان قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه
وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول
لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها في الدعوى
وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة
في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب
الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره
واحضار عين المدعاه لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى وان لم
يكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة
تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان
القيمة ذكر الذكورة والانوثة قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى
عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى
التحديد فان العقار يعرف به ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر
الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رضي الله عنه على ما عرف هو الصحيح ولو كان
الرجل مشهورا يكتفي بذكره لحصول المقصود فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها
عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به
المدعا ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة
وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا
كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده
بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة
اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله
وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا
في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا
في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه
يطالبه لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد
من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها

ليتكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره
بالخروج عنه وان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا
فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف
قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين
خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف
اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي
بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في
المصر وعند ابي يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا
طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز
عن اقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس
ومحمد مع ابي يوسف رحمهما الله فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر
الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين
وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله ولا تقبل بينة صاحب اليد
في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة ذي اليد
لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك
مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا واظهارا
لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج
لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال
فاذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه وقال
الشافعي رحمه الله لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول
يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا
ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول
دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا
للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قلنا قال وينبغي للقاضي

ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه
وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه
ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة
في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قلنا
هو الصحيح فالاول ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا
بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال
وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء
والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد
ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى ثبت
الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على
كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه وكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري
في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان
في معنى الحد ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول
المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في
هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا
بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة
وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل هنا معناه
ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع
لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار
كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري
في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت
هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في
النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في

الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا
كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها
الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى
قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس
يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما لان النكول
اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب المال خصوصا اذا كان
امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي العمد ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف
الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا
انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع
اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق
مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل
لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا تغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة
بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا
لان فيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق
عليه بمجرد الدعوى حتى يعدي عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل
باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح ولا فرق
في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة
حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب
لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا
ان يكون غريبا فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى اخر المجلس
فالاستثناء ينصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك
اضرار به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها
في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا
فليحلف بالله او ليذر ويؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله
والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر
ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه
يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ
فيقول بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره
وقيل تغليظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق على ما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف
بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل
التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام
لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على
موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى عليه السلام
والنصراني نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه
ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى
عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه
لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر
النار مع اسم الله تعظيما وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة
والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن
سالتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي
لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان
ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك
حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع عنه قال ومن ادعى انه ابتاع من
هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت
لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده

ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم تفسخ بالهبة والبيع وفى النكاح
بالله ما بينكما نكاح قايم فى الحال لانه قد يطراء عليه الخلع وفى دعوى الطلاق
بالله ماهى باين منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان
النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه لانه لو حلف
على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله واما على
قول ابى يوسف رحمه الله يحلف فى جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا
فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف
عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا
يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب
بالاجماع وذلك مثل ان تدعى مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة
بالجوار والمشترى لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده
فيفوت النظر فى حق المدعى وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف فيه على
السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد
الكافر لانه تكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق
ولا يكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه اخر استحلف على علمه
لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف
على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا
الهبة قال ومن ادعى على اخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة
فهو جايز وهو ماثور عن عثمان رضى الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين
ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف
المتبايعان فى البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البايع اكثر منه او اعترف البايع
بقدر من المبيع وادعى المشترى اكثر منه فاقام احدهما البينة قضى له بها لان
فى الجانب الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها واذا اقام كل واحد منهما بينة
كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض فى
الزيادة ولو كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا فبينة البايع اولى فى الثمن

وبينة المشترى اولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد
منهما بينة قيل للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البايع والا فسخنا
البيع وقيل للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع
لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ واذا
علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى
الاخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البايع يدعى زيادة الثمن
والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبايع ينكر فكل
واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشترى لا يدعى
شيئا لان المبيع سالم له بقى دعوى البايع فى زيادة الدين والمشترى ينكره فيكتفى
بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قايمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدى بيمين المشترى وهذا قول محمد وابى يوسف
رحمهما الله اخرا ورواية عن ابى حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشترى اشدهما
انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن
ولو بدى بيمين البايع يتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن
وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا يبدأ بيمين البايع لقوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البايع خصه بالذكر واقل فائدته
التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن راى القاضى بيمين ايهما شاء
لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البايع بالله ما باعه بالف ويحلف المشترى
بالله ما اشتراه بالفين وقال فى الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه
بالفين ويحلف المشترى ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات
الى النفى تاكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك وضعت دل
عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ
القاضى البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت
ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضى قطعا للمنازعة او يقال
اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ فى فاسد البيع

قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق
دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل
او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف
في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا
لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه
حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى
نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف
الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل
مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك
المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول
المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان ويفسخ المبيع قيمة الهالك وهو قول
الشافعي رحمه الله وعلى هذا اذا اخرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده
بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر
ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد
هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف بعد القبض
على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام
السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد
فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما
يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته
وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قايم
فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل
قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله
الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول
المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له
وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول

المشتري فيه في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويفسخ العقد
فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر
بقدره ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي
اسم لجميع اجزائه فلا يبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القايم
الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن
فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك
اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القايم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان
هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا
ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن
الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به
المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين
المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البايع بقول المشتري فقد صدقه فلا
يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ما بيناه في القايم واذا
حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر
القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي
يوسف رحمه الله والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتها بما يدعيه البايع
فان نكل لزمه دعوى البايع وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتها بالثمن الذي
يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القايم
ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام
يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع وايهما اقام
البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البايع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع
الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب
عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان
اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم

المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره فالقول
للمنكر وان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها
الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها يتوجه
على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبايع منكر حقيقة
وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر
في حقهما والبايع يدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة
على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله قال
ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان
ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع
المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة
مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع
قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلكه غير
المشتري ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد رحمهم الله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال ومن اسلم
عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا
يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا يحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود
السلم بخلاف الاقالة في البيع الا يرى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب
وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود
البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج
انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته
لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة
معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي
حنيفة رضي الله عنه ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه
لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده
على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان المهر مثل ما اعترف به الزوج او اقل

قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر
مما ادعت المراة قضى لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل
ولا الحط عنه ذكر التحالف ولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار
له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها
ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في
المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف
ابي يوسف رحمه الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه
على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل
يكون لها قيمتها دون عينها لان تملك عينها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجب
القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا
معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق
القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا
قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدا بيمين المستاجر لانه
منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدا بيمين المواجر وايهما نكل لزمه دعوى
صاحبه وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاماها فبينة المواجر اولى ان كان
الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت
بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر
شهرين بخمسة يقضي شهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا
وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان
هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك
انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة يقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو
جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد
وتبين حينئذ انه لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه
هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد
فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة
فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه

دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى
والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان ويفسخ
الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع
ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند
اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في اليمين ولابي
حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم
للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا
في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت
فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء
فهو للمراة كالوقاية بشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالانية فهو للرجل
لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف
ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته
مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت
وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع
الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة
تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره
فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله
ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل
او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث
مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر
اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر
لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل في من لا يكون خصما

وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي
اوغصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا
اذا قال اجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة
وقال ابن شبرمه لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه
ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب
ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل
بنقل المراة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا يندفع الخصومة
بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره
يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين
من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا فالجواب
كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا يندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس
قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق
غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا
يندفع عنه الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله
الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه
بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني
وعند ابي حنيفة رضي الله عنه يندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه
من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة
وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده
وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الاقوال الخمسة ولو قال ابتعته
من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال
المدعي غصبته مني او سرقته مني لا يندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة
على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى
الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد
ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
واقام البينة لم يندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

وهو استحسان وقال محمد رحمه الله يندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما
اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل
لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة
عليه واقامه لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه
لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فان قال المدعي ابتعته من فلان وقال
صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا
على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن
يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت
ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول
يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين
في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة
لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم
ابن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام
كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء
ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد
احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن
وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق
قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما البينة لم يقض بواحدة
من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع
الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا
اذا لم يوقتا البينات فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت
لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما وان اقام الاخر البينة
قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة

يجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى اخر واقام البينة على مثل ذلك
لا يحكم بها لان القضاء بالاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان
يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت
المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق
قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من
صاحب اليد واقام بينة وكل واحد منهما بالخيار ان شاء قبض نصف العبد
بنصف الثمن وان شاء ترك لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين اذا باع
كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه
شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي
به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان يأخذ الجميع لانه
صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا لانه خصم فيه لظهور استحقاقه
بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له
ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم
يوجد ونظيره تسليم احد الشفيعين قبل القضاء ونظيره الاول تسليم بعد القضاء
ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان
لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما ولم يوقت الاخر فهو
لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمال الاخر ان يكون قبله او
بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى
ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا
في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا لما بينا
الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة
قال واذا ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما
بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من
الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا
الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى

يقضى بينهما لاستوائهما فى وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح
بمعنى قايم فى الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض
لان الشيوع طار وعند البعض لا يصح قال واذا ادعى احدهما الشراء وادعت
امراة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما فى القوة فان كل واحد منهما
عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابى يوسف رحمه الله وقال محمد
رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم
الشراء اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه
واذا ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى
وهذا استحسان وفى القياس الهبة اولى لانها اثبتت الملك والرهن لا يثبته
وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد
الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن
لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك
معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك
والتاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته
ولم يتلق الاخر منه قال ولو ادعيا الشراء من واحد فهما سواء معناه من غير
صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته فى وقت
لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من اخر وذكرا تاريخا
فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد
منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقت احدى البينتين وقتا ولم يوقت الاخرى قضى
بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقديم الملك لجواز ان يكون الاخر
اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من
جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم له حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره
ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث
من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر واقاموا البينة قضى بينهم ارباعا
لانهم يتلقون الملك من ملقيهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك

المطلق قال وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على
ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وهو
رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا تقبل بينة ذى اليد رجع اليه لان البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء
ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى
وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع
مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار فى ايديهما والمعنى ما بيناه ولو اقام
الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت احديهما دون الاخرى فعلى قول
ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رحمه الله وهو رواية
عن ابى حنيفة رحمه الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما فى دعوى الشراء
اذا ارخ احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذى اليد انما تقبل
لتضمنه معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك فى التلقى من جهته وعلى هذا
اذا كانت الدار فى ايديهما ولو كانت فى يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند
ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله الذى وقت اولى وقال محمد رحمه الله
الذى اطلق اولى لانه دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد ورجوع الباعة
بعضهم على البعض ولابى يوسف رحمه الله ان التاريخ يوجب الملك فى ذلك الوقت
بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء
ولابى حنيفة رحمه الله ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره
كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب
الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد
كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا يدل
عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذى اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا
لما يقوله عيسى بن ابان انه يتهاتر البينتان ويترك فى يده لا على طريق القضاء ولو
تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة
اقامتها على النتاج فى يد نفسه كما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والاخر

على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته على اولية الملك فلا يثبت
الاخر بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج
اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج
يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية
وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض
القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا
مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج
كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر
قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة
الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل
عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج
فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك
وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان
يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له
ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الاخر
ولا تاريخ معهما تهاترت البينات وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين
ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الاخر وقبض
ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض
لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقرار على الشراء اقرار منه بالملك
للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ولان
السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي
القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينات على نقد الثمن
فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب
وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده

ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند
محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان
في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في
العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض
عنده فبقي على ملكه وان اثبتتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان
على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين
فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب
اخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء
لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة
العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها
اثنان احدهما جميعها والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة
ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق
المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له واستوت
منازعتهما في النصف الاخر فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا
طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف
يضرب بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة اضداد ونظائر لا يحتملها
هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب
الجميع كلها نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج
في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يد صاحبه لا يدعيه لان مدعاه
النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا
قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة اقام كل
واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين
فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط
التوقيت وصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت

البينات كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال واذا كانت العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والاخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالايدي

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لانه تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة الاستحقاق قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه ولاخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللاخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء على هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما

عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من الثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع اتصال وللاخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى من اليد وجه الاول ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الاخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود ولعلها لغيرها فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها والله اعلم بالصواب

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت

الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز
ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشترى مع دعوة البايع او بعده
فدعوة البايع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد
وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البايع لانه لم يوجد
اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشترى
فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق
لم يكن فى ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك
ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين
لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشترى لانه احتمل ان لا يكون العلوق
فى ملكه فلم يوجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه ثبت النسب
ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما فى المسئلة الاولى لتصادقهما
واحتمال العلوق فى الملك فان مات الولد وادعاه البايع وقد جاءت به لاقل
من ستة اشهر ولم يثبت الاستيلاد فى الام لانها تابعة للولد ولم يثبت
نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان
ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب
فى الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات
التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه ام الولد وتستفيد الحرية
من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها
والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله فى قول ابى حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة
الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة
عنده فى العقد والغصب فلا يضمنها وفى الجامع الصغير واذا حبلت الجارية
فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البايع الولد وقد اعتق
المشترى الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشترى انما اعتق
الولد فدعواه باطل ووجه الفرق ان الاصل فى هذا الباب الولد والام تابعة له
على ما مر وفى الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق

فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته فى الاصل وهو الولد وليس من ضرورته كما فى
ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما فى المستولدة بالنكاح وفى الفصل
الثانى قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفى التبع وانما كان الاعتاق
مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا
من هذا الوجه ثم الثابت من المشترى حقيقة الاعتاق والثابت فى الام حق الحرية
وفى الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق
لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله فى الفصل الاول يرد عليه
بحصته من الثمن قولهما وعندهما بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرناه فى فصل الموت قال
ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه
ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع
لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم
كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف
الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشترى اولا ثم ادعاه البايع
حيث لا يثبت النسب من البايع لان الثابت من المشترى لا يحتمل النقض فصار
كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء
واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا لان التوامين
ولدان بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثانى حادثا لانه
لا حبل اقل من ستة اشهر وفى الجامع الصغير اذا كان فى يده غلامان توامان
ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشترى ثم ادعى البايع الذى فى يده فهما
ابناه وبطل عتق المشترى لانه لما ثبت نسب الولد الذى عنده لمصادفة العلوق
والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فثبت نسب الاخر
وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشترى وشراءه لاقى
حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه
مقصودا لحق دعوة البايع وهنا يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا
ولم يكن اصل العلوق فى ملكه ثبت نسب الولد الذى عنده ولا ينقض البيع

فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولاية
قال واذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال
هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد
على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن
والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه
والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم
قال انا اعتقته يعني المشتري يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي
بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه
تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت
نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رحمه الله ان النسب
مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته
كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا
لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وكذا تعلق
حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء
قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض
على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فبطل به بخلاف النسب
على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد
ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي في يد مسلم
ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر
لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا
اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية
لانه في وسعه اكتسابها ولو كانت دعواهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام
وهو اوفر النظرين قال واذا ادعت امراة صبيا انه ابنها لم يجز دعواها
حتى تشهد امراة على الولادة ومعنى المسئلة ان يكون المراة ذات زوج لانها تدعي

تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب
ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب ثبت بالفراش
القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت
معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر في كتاب الطلاق وان
لم يكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها
دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امراة
لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه
ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما
لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه
فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين
رجل اخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر
لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى
جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد
المغرور فان المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم
يستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولان النظر من الجانبين
واجب فيجعل الولد حر الاصل في ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل
في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة
الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام
المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل
في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ
ديته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان
حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف
العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ
بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن

ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله
عليه وسلم ماعز رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة
قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره
مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه
لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق
الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط
عليه من جهته وبخلاف الحدود والدماء لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك
حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من العقل والبلوغ لان اقرار الصبي
والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا
لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار لان الحق
قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشه
او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به
بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول
لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي
على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان
علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له
لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى
المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذلك اذا قال لفلان علي لما بينا وكذا
لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة
ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل
والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه
اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا
والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة
دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل

جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيه
بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي
غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير فيه بثلاثة
نصب من فن سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل
من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين
لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله
ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما
فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه
اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن
المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر لانه ذكر عددين
مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا
وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر مبهمين بينهما حرف
العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال
كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه
لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها
الالف لان ذلك نظيره قال ولو قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي
صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو
هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه
والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفي نسخ المختصر في قوله
قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمها حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان
ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي
او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك
اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما ولو
قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها
فهذه اقرار بالدين لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى

فكانه قال اتزن الالف التى لك على حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا
لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون فى حق واجب والقضاء يتلو
الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان
التمليك يقتضى سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل
الدين قال ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له فى الدين وكذبه فى التاجيل
لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بماله وادعى حقا لنفسه فيه كما اذا اقر
بعبد فى يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد
مرت المسئلة فى الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه
واليمين على المنكر وان قال له على مائة درهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة
وثوب واحد والمرجع فى تفسير المائة اليه وهو القياس فى الاول وبه قال
الشافعى رحمه الله لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة
لا تفسير له فيفسر المائة على تمامها كما فى الفصل الثانى وجه الاستحسان وهو الفرق
انهم استثقلوا تكرار الدرهم فى كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا
فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك فى الدراهم
والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجودها فبقى على
الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب
لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف
فانصرف اليهما لاستوائهما فى الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا قال ومن اقر
بتمر فى قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره فى الاصل بقوله غصبت تمرا فى قوصرة
ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف وغصب الشىء وهو مظروف لا يتحقق بدون
الظرف فيلزمانه وكذا الطعام فى السفينة والحنطة فى الجوالق بخلاف ما اذا قال
غصبت من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون الاقرار بغصب المنزوع قال
ومن اقر بدابة فى اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب
عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد رحمه الله يضمنها ومثله الطعام
فى البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم

يشتمل الكل ومن اقر له بسيف لزمه النصل والجفن والحمايل لان الاسم ينطوى
على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا
وان قال غصبت ثوبا فى منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه
وكذا لو قال على ثوب فى ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم فى درهم حيث يلزمه
درهم لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب فى عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند
ابى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله احدى عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف
فى عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابى يوسف رحمه الله ان حرف فى
يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلى فى عبادى اى بين عبادى
فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب منها موعى وليس بوعاء فتعذر حمله
على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان على خمسة فى خمسة يريد الضرب
والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة
وعشرون وقد ذكرناه فى الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان
اللفظ يحتمله ولو قال له على من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه
تسعة عند ابى حنيفة رحمه الله فلزمه الابتداء وما بعده ويسقط الغاية وقالا يلزمه
العشرة كلها فيدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان
ولو قال له من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين
شىء وقد مرت الدلايل فى الطلاق **فصل** لحمل فلانة على الف درهم
فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح
لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به فى مدة يعلم انه كان قايما وقت الاقرار لزمه وان
جاءت به ميتا فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه فى الحقيقة لهما
وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما
ولو قال المقر باعنى او اقرضنى لم يلزمه شىء لانه بين مستحيلا قال وان ابهم
الاقرار لم يصح عند ابى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لان الاقرار من الحجج
فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابى يوسف رحمه الله ان الاقرار مطلقه
ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين

عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح
اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فيحمل عليه
قال ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله
ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل والله اعلم

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن اقر واستثنى
متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة
عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى
الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل
بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا
دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح
الاستثناء وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما
لمحمد رحمه الله ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف
الجنس وللشافعي رحمه الله انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة
في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافها
اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا
صلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح
مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصلح قال ومن اقر بحق وقال
ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله اما
ابطال وتعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار
لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما
اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت واذا جاء راس الشهر واذا افطر الناس
لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال
حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان
البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا
لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال
بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة
دون البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال
مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء
كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه
فان ذكر العبد بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا
شيء لك قال رحمه الله هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد
وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له
العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به
عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود
والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر
بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان
لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر
ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه
لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل
لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين
ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت وطارية بان اشترى عبدا ثم
نسياه عند الاختلاط بامثاله يوجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا
كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان وصل صدق وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان
اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين
سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض
والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان
صدر كلامه للوجوب مطلقا واخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير

يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله
بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال
وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف من ثمن
خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل
لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا
وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب وصار كما اذا قال
في اخره ان شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع
او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه
الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا
لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا
انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه
بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل
الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا
من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا
رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب
رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما
فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان
رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح الاستثناء لانه مقدار بخلاف الجودة
لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر
حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي
السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول انه يصدق في القرض
الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب
وجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي الف
درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها
وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى

الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف
او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك
ولا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا
لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان
ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان
فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا
فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا
لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا
بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي
كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه
ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم
ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا
فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل
الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون
القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان
وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء
فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية
والوضع من يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب
الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال لا بل قرضا حيث يكون
القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هناك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان
المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا فان قال هذه الالف
كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر باليد له
وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وان قال آجرت دابتي هذه فلانا
فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا

عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي أخذ
منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان ولو
قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على
هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان
وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية يثبت ضرورة استيفاء المعقود
عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا
بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون
الإقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان
أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة
لأنه قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على
هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف
الآخر وهو الإجارة وأختاه لأنه ذكر الأخذ في موضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار
أيضا وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته
ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها
وذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم
ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما ههنا المقبوض
عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض
أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه فلان وقال المقر
بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له
باليد إنما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون
القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا والله أعلم

باب إقرار المريض

وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون
وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة
والدين المعروف الأسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة
يستويان لاستواء سببيهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب
الذمة القابلة للحقوق وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الإقرار
لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة
تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث بخلاف
النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن
حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على
الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر
بخلاف حالتي الصحة والمرض لأن الأول حالة إطلاق وهذه حالة حجر فافترقا وإنما تقدم
المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال
ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين
مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق
غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض
لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا
قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال
فإذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن
الإقرار في ذاته صحيح وإنما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال
وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير
وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين
جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق
الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال
ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي
رحمه الله في أحد قوليه يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح الصدق فيه وصار
كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام
لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه
ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين

ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق
لم يظهر في حق الاقرار لاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار
بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر
في حق الاقرار بوارث اخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه
فقد ابطلوه فيصح اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا
والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما
صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم
حتى ياتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي في مرضه ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه
وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق
ان دعوى النسب يستند الى وقت العلوق فيتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك
الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية ومن طلق زوجته
في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان
فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق
ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف وصدقه الغلام ثبت نسبه
منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد
مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه
يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام
يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوايج
الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد
والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل
اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل
النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له
او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق
وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح
التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة
لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه
وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين نحو الاخ والعم
لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف
قريبا او بعيدا فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم
الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف
في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال
وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة
حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لاخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول
وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له
ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد
كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن
مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان اقراره
تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه
ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البايع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع
عليه بالثمن لكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله على اخر
مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللاخر خمسون
لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا
كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا
على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض
على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر

المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جايز لاطلاق قوله تعالى والصلح
خير ولقوله عليه السلام كل صلح جايز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم
حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه
الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الاخذ فينقلب الامر ولان
المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا
وتاويل اخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ
الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى ياخذه عوضا
عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفع لدفع الخصومة عن نفسه وهذا
مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جايز قال
فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال
لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري
فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده
جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط
ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات
لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط
التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت
والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى
المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة
في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار
والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها
الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع
المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث
يجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه
الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار
واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من المدعي لانه معاوضة

مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت
او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه
ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه
لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق
بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر
عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة
وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في
كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف
ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه
بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح
قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى
حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض
لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض
عند ذلك عن شيء يقابله ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح
لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما
ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر
البراءة عن دعوى الباقي فصل والصلح جايز عن دعوى الاموال
لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح
والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف
العاقد ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت في الصلح وهو
بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال
بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانه موجب الدم
ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل
في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت كما يدخل في اطلاق

جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة
على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص
ملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة
لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب
المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما
الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح
الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فيرد الزيادة بخلاف
الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال
وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح احد مقادير الدية اما اذا صالح عن غير ذلك
جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين
بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز
لانه تعين الحق بالقضاء وكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على
بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال
ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا
لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز
الصلح عما اشرعه الى طريق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد عن الانفراد عنه
ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال
واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك
الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه
وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله
اذا كان مبطلا في دعواه واذا ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها
جاز هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل
زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك
الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال
على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح قال وان

ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة
الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على
حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه
حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت
الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه
فان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز وجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته
ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي
اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وهذا
لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يهوديا
قيمته دون المائة فاستهلكه فصالح منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن
الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهو مقدرة فالزيادة عليها يكون ربوا بخلاف
ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا يظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما
يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي حنيفة
رحمه الله ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن
عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما الى القيمة
بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح
بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة بالقضاء قال واذا كان العبد
بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته
فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله
ان القيمة في العتق منصوص عليه وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي
فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على
عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالحه لم يلزم الوكيل
ما صالح عنه الا ان يضمنه المال والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسئلة اذا

كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط
محض وكان الوكيل فيه سفيرا او معبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان
يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال
بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل
دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان
صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها
الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا اضمنه كالفضولي في الخلع
اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف
ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده
لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا او منكرا او كذلك
ان قال صالحتك على الفي هذا او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه
لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف
وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض فيتم العقد بحصول مقصوده
ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه
الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع
الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى
نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رحمه الله
ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذه العبد ولهذا لم ينسبه الى
نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته فيتم بقوله ولو استحق العبد
او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم
يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما
اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث
يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم
يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما

يحمل على انه استوفى في بعض حقه واسقط باقيه كمن له على اخر الف درهم فصالحه
على خمسمائة وكمن له على اخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه
عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه
معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض
والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه
لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير
ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة
فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير
نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة
لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط
عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة
بيض لم يجز لان البيض غير مستحق بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة
الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو
اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس
ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح
الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي
فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له
على اخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو
بريء وان لم يدفع اليه خمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء
الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا
عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما
ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح
غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي
محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة

تصحيحا لتصرفه اولانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط ان كان لا يتعلق به
كما في الحوالة وسنخرج البداية بالابراء ان شاء الله قال رحمه الله وهذه
المسئلة على وجوه احدها ما ذكرنا والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة
تدفعها الى غدا وانت برئ من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك
على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث
اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه
واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح
عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف
ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا
يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك
فافترقا والرابع اذا قال اد الى خمسمائة على انك برئ من الفضل ولم يوقت للاداء
وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت
الاداء وقتا لا يكون الاداء عوضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان
فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء
في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الى خمسمائة او قال اذا اديت او متى
اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة
بالشروط باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى
بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك
حتى تؤخره عني او تحط ففعل جاز لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال
ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان
شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له
شريكه ربع الدين واصله ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه
فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار
عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد

وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين
حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته
والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن
المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول
في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان
القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق
المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك قال ولو استوفى
نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم
بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة قال ولو اشترى
احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا
حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض
والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل
للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين
الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض
استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان يشاركه فلو سلم له ما قبض
ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة
الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان له عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك
لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس
بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما
عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما
لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء
فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد
خلافا لابي يوسف رحمهما الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه
عن جناية العمد قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على
راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز

الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فقال احدهما في نصيبه
ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في
نصيبهما لا بد من اجازة الاخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار
واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه
في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم
بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه
الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه
اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن
تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امرأة
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال
وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك
لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس
لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض
لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض
لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير
ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه
من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا
عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في
التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف
ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان
في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون
الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة
المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح

فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة
الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة
والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم
على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة
الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل
لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانه لا يفضي الى المنازعة
لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز
الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي
ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي
رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم بالصواب

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به
لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس
بين غني في المال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست
الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير
والغبي وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به
الصحابة رضوان الله عليهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر
مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا
ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى
استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره
قال والمضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين مراده الشركة في الربح
وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها
الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط كله للمضارب كان قرضا
قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع
اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث

انه توكيل واجازة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل
به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث
لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع
وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال
ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان
شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط
زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فينقطع الشركة
في الربح وهذا لانه يبتغي عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال
لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر
القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله كما بينا في الشركة ويجب الاجر
وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد
وجد وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها
والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين
مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير
ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على
المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه
لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال
في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل
ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما
لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب
فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا او غير عاقد
كالصغير لان يد المالك ثابت له وبقاؤه يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد
المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه
لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير
مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي

لانهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما
بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح فلا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من
صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى
ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة
من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ان يسافر وعنه
عن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع اليه في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على
الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في
الغالب والظاهر ما ذكرنا في الكتاب قال ولا يضارب الا ان يأذن له رب
المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد
من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل لا يملك ان يوكل غيره
الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه و
بخلاف الاقراض من حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم
فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به
الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا
الشركة والخلط بماله نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وان خص له رب المال
التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي
التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك
البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال فان خرج
الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره
وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف
في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق
وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر
على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي

كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال
الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء
للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة
حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد
الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح
بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا
وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في
الكوفة لان الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق
اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو
للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه
صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على
ان يشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع
منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول
التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك
قال وكذلك اذا وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع
والمكان قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها
لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا
لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر وشراء الميتة بخلاف
الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار
مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه
كالوكيل بالشراء اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري
من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف
المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة
لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في

المال ربح جاز ان يشتريهم لانهم لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق
عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه
ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه
الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى
العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده ويسعى كما في الوراثة
قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف
فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة
والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى العبد في الف ومائتين وخمسين
وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح
لكنه ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني
الام والولد مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي
راس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الان ظهر الربح فنفذت
الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء
العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز
ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت
الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولم يضمن لرب المال شيئا
من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له
فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه
احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله
ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال والخمسمائة
ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف
له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ لما استحق براس المال
لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت
دعوى صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا
ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال

لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعى صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح
ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره
مضاربة ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثانى حتى
يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال قال رضى الله عنه وهذا رواية الحسن
عن ابى حنيفة رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عمل به ضمن ربح
او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو
رواية عن ابى يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع
على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه مضاربة بالعمل
فكان الحال مراعى قبله ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده
ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له
شركة فى المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت
فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثانى لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا يثبت الشركة
به ثم ذكر فى الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثانى وقيل ينبغى ان لا يضمن الثانى عند
ابى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم فى مودع المودع وقيل رب
المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى بالاجماع وهو المشهور وهذا
عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع
الثانى يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثانى يعمل فيه لنفع
نفسه فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان
من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذى رضى به فصار كما اذا دفع مال
نفسه وان ضمن الثانى رجع على الاول بالعهدة لانه عامل له كما فى المودع ولانه مغرور
من جهته فى ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان
على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثانى ولا يطيب للاعلى لان الاسفل
يستحقه بعمله ولا خبث فى العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى
عن نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه

الى غيره فدفعه بالثلث جاز وقد تصرف وربح فان كان رب المال قال على ان
ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثانى
الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثانى مضاربة قد صح لوجود
الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى
فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر
ثلث الجميع للثانى فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل
الثانى واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه
بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب
الثانى الثلث والباقى للمضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف
وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف
الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت
من شىء فبينى وبينك وقد دفع الى غيره بالنصف فللثانى النصف والباقى
بين الاول نصفان ورب المال لان الاول شرط للثانى نصف الربح وذلك مفوض
اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول
ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلى نصفه
او قال فما كان من فضل فبينى وبينك نصفين وقد دفع الى اخر مضاربة
بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ولا شىء للمضارب
الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف
للثانى الى جميع نصيبه فيكون للثانى بالشرط ويخرج الاول بغير شىء كمن استوجر
ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله وان شرط للمضارب الثانى
ثلثى الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف ويضمن المضارب
الاول للثانى سدس الربح فى ماله لانه شرط للثانى شيئا هو مستحق لرب المال
فلم ينفذ فى حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية فى نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما
فى عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره فى ضمن العقد
وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر بخياطة ثوب بدرهم

فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث
الربح فهو جايز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط
العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه
ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون اذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم
والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع
من التسليم على ما مر فاذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان
للمولى لان كسب العبد اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا
اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط
العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك
وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان المولى بمنزلة الاجنبي
عنده على ما عرف **فصل في العزل والقسمة** قال واذا مات
رب المال والمضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل
يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل واذا ارتد رب
المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق
بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه
عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب
هو المرتد فالمضاربة على حالها لانه عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال
فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى
وباع فتصرفه جايز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم
بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت
في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتني على راس المال وانما ينض بالبيع قال
ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا اخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال
وقد اندفعت حيث صار نقدا فعمل العزل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير
وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح

فلا ضرورة قال المصنف رحمه الله وهو الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال
فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس
راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت
رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا وفي المال
ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير
لان الربح كالاجر له وان لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل وهو متبرع
والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان
حقوق العقد الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع
الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا ساير الوكالات
والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك
من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك
الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح
فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها
ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال لان قسمة الربح
لا يصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك
ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفاه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه
لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفي راس
المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا
ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول
لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب
انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا اخر **فصل فيما يفعله المضارب**
قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار
فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام
المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة
للركوب وله ان يشتريها اعتبارا للعادة التجار وله ان ياذن لعبد المضاربة في التجارة

في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع
اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لانه
ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف
رحمه الله فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة
ولو احتال بالثمن على الايسر او على الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف
الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل
ان ما يفعله ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة
وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان
لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على
ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل
ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره
وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره
وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في
التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك
دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص
عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى
براس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زايدا على ما انعقد عليه المضاربة
ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى
بينهما نصفان بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا
اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض
والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به
المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة
وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت
المضاربة كذا هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة

فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله يفسد المضاربة لان
رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصلح اذا
شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح
رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف
شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب
المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب
ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر
المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى قال واذا عمل المضارب في المصر فليست
نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وركوبه وكسوته ومعناه شراء او كراء
في المال ووجه الفرق ان النفقة يجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة
والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق
النفقة وهذا خلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله
اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به
وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال
ولو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده الى المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو
كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي
في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة
والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة
اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز وانما يطلق
في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار
قال اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يدخل
في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه
ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت
نفقة المراة على الزوج ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق
من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه

ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثانى ولان
الاول يوجب زيادة فى المالية بزيادة القيمة والثانى لا يوجبها قال فان كان
معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك
فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها
احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه عين مال قايم به حتى اذا بيع كان له حصة
الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس
بعين مال قايم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا
صار شريكا فى الصبغ ينتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلطة فلا يضمنه والله اعلم

فصل اخر فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين
واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة و
المضارب خمسمائة فيكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال
رضى الله عنه هذا الذى ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد
الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه فى الاخرة
ووجهه انه لما نض المال ظهر الربح وهو خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا
صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين
واذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على
رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة بينهما منافاة ويبقى ثلثة ارباع العبد
على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافى المضاربة ويكون راس المال الفين وخمسمائة
لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه
بالفين ويظهر فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف يرفع راس
المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال
عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضى
بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم
ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين

ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة
بالف ومائة لانه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر
فى البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان
فقتل العبد رجلا خطاء فثلثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب
لان الفداء مونة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما
صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان
قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة نصيب المضارب لما بينا ونصيب
رب المال لقضاء القاضى بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما
والمضاربة ينتهى بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان
كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزايل عن ملكهما بالجناية ودفع
الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب
يوما ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم قال وان كان معه الف فاشترى
بها عبدا فلم ينقدها حتى هلك يدفع رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما دفع
لان المال امانة فى يده ولا استيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه
فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك
بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان
كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم فى الوكالة فى هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا
اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء
فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة فى يده وهو قايم
على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء
على ما مر

فصل فى الاختلاف قال فان كان مع المضارب الفان
فقال دفعت الى الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول
قول المضارب وكان ابو حنيفة رضى الله عنه اولا يقول القول قول رب المال وهو قول
زفر رحمه الله لان المضارب يدعى عليه الشركة فى الربح وهو ينكر والقول قول المنكر
ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب لان الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار المقبوض وفى مثله

القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني الف درهم وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان الناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودايع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فيتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المايع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مايعا بالاذابة قال وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق

لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه واذا ارتفع عاد حكم العقد
كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه في الباقي فحصل الرد الى نائب
المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله
عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف
لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ
من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع ولان
المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل
واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف
ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر
لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل
نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال وللمودع
ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له
ذلك اذا كان له حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك في الوجهين
لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا
يملكه الوصي والاب في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة
فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف
وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه
ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في
المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي
التسليم في مكان العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة بها ضمن لان التقييد
مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل
وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب
اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل وهو
المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين

المشترك ولان هذا تسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه
فكذا يؤمر هو بالدفع ولابي حنيفة رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين
ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة
بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى
بامثالها فقوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا
كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به
وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم
لم يجز ان يدفعه احدهما الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه
وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا
لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد
منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض
بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض
دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض
لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما
الاجتماع عليه اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل
الى احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك
فسلمها اليها لم يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها
الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه
وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول
لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له
منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به
مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت
اخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان

في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز وكان مفيدا
فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها
البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال
ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان
يأخذ الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاخر
رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا
لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض
فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه
اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه
فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اما الثاني فمستمر
على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره
قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد انها له اودعها اياه وابى
ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد
صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على
الانفراد لتغاير الحقين فبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية
ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف
للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة
وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان
الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز
ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء فلو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما
نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى
بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف
اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الاخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول
حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني

وان نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه
او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع
المسألة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى
للاول فلا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله
لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته
وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلف عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف
رحمه الله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند
محمد رحمه الله خلافا وهذه فريعة تلك المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي
عليه الصلوة والسلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان
الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة
ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا
يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي
العطية ولهذا ينعقد بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك
نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان يقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع
الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها ينعقد بلفظة الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا يفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان
الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل
فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله
قال ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه
ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك
العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك
هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك
وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا
لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع

في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة
ولان المنافع يملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به
القبض فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم تضمن
وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
فيضمنه والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب
الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان
لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا
فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا
وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض
والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد
على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب
ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح
الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير
لينسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه
اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير
اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر
ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده
دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف
المستعمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل
والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما
جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول
هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت
قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف
باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره
قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه

احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي
نوع اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما
وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير
منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق
الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو
استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت
وله ان يركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب
بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى
لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها
الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض
ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه
قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا
او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما استعار
آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس فيها
جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما
الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي
المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغه ثم ان لم يكن وقت الاعارة فلا ضمان
عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه
الوعد وان كان وقت العارية فرجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره
لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من
جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه
هكذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله يضمن رب الارض
للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه
قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار

الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها
ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك
مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن
المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه
قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة
على المؤاجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه
سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب
لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته
عليه قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن
وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو
ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط واذا استعار عبدا فرده الى دار المالك
ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم
يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره
والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه
لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم
يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها
مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة
فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في
عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا يرى انه
لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه
وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع احيانا وان ردها مع اجنبي
ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ
وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء
المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله

وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى
كما في اعارة الدار له ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة
ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار
الا للسكنى والله اعلم

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع
لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول
والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول
والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك قبل القبض اعتبارا
بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة
والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل
القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان
اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق
الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب
جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض
والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف
في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة
القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات
الملك فيكون الايجاب تسليطا له على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا
انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس وكذا ما يلحق به
بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال
وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل
فيه قال النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك
الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت لك واعمرتك هذا الشيء
وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف
الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون
عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اكل غلتها واما الثاني فلان حرف اللام

للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل
هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس
ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة
لانه يراد التمليك قال الله تعالى او كسوتهم يقال كسا الامير فلانا ثوبا اى ملكه
ومنحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال دارى لك هبة
سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها
وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى
او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي
هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله
هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة
وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لانه عقد
تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون
محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه
في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان
في تجويزه الزام المتبرع شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض
كيلا يلزمه مؤنة التسليم بخلاف ما لم يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه
لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت
العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف
والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة
والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة
عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب شقصا مشاعا فالهبة
فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ولو
وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن
في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس

بمحل فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل
للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض
والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض
كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيه
قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض
في البيع مضمون عليه فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون عليه
فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض
الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده
بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره
والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا
وصي له وكذلك كل من يعوله فان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه
الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له
وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام
الاب وان كان في حجر امه فقبضها له فهو جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه
وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا
كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه
من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه فان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان
عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها
بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع
حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته
غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره
لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد
قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا
رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم

فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك
كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه
الحبس يثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد
شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها
لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا
وجعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير
بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة
لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية
ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما
اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو
وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثها وللاخر ثلثاها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجوز ولو قال لاحدهما نصفه وللاخر نصفه عن
ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة رضي الله عنه مر على اصله وكذا محمد رحمه الله
والفرق لابي يوسف رحمه الله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت
الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص
على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة
لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك
والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك
لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض
ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد
يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملك للحاجة وذلك
يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله
عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر
بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا

الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد
قال ويموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار
كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه
قال او يخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه
تجدد الملك بتجدد سببه قال وان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها
نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء فيها
لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا
حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها
فلا يمنع الرجوع في غيرها وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع
بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا
في نصفها بطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام
اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل
وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما
ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو
ابانها بعد ما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا
عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود
وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض
الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع
والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل
نصفه واذا استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال
زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من
الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه
في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه
من نصفه رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف ولا يصح الرجوع
الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول

المقصود وعدمه خفا فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة
عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا
اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا
ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من
الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا
حق الفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد
القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا
تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب
بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن
عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر
التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد
وصار في حكم البيع يرد بالعيب وبخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع
انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع
وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه
اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن
لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع
من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع
نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه والله اعلم

فصل ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان
الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على
ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا
هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز
لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز
لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان

التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان وهبها له
على ان يردها عليه او على ان يعتقها او على ان يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق
عليه بدار على ان يرد عليه شيئا او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل
لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى
ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع
وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات
قال ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بريء منها او قال
اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء
تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه الابراء وهذا لان الدين
مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان
اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص
بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال
والعمرى جائزة للمعمر له في حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له
عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
رحمهم الله جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه
عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك
فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل
واذا لم يصح يكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به والله اعلم

فصل في الصدقة والصدقة كالهبة لا يصح الا بالقبض لانه تبرع
كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة
لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد
يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب
وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله تصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة
ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد

ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه
على نفسك وعيالك الى ان تكتسب واذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرنا
من قبل

كتاب الاجارات

قال الاجارة عقد على المنافع
بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه
المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه
لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا
الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا فليعلمه اجره
وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة
في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة
ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا يصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة
معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة
الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة
ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا
اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة
كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي
مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت
المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت
لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى وفيه خلاف الشافعي رحمه الله الا ان في
الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعى المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث
سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ
ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها
لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه
والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا
على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير
المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت

وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا بان ينقل
له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه
كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال
الاجر لا يجب بالعقد ويستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل من غير شرط او
باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد لان المنافع
المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من
البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا
والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة
التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق التسوية
وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض
المستاجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور
فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب
من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من
الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد
الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا
فللمواجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق
بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى
مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة
رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر
رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان
المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة
ليتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به
العمل فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب باجر حتى يفرغ من العمل
لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال
الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته

قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل
بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك قبل التسليم
فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان
عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضى الله عنه وهذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه
لانه امانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ
الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا
ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له
لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقه حتى يشرجه
لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان
الاجير هو الذى يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابى حنيفة رحمه الله ان
العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج
بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز
لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر فى العين كالقصار
والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفى الاجرة لان المعقود عليه وصف قايم
فى الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان
عليه عند ابى حنيفة رضى الله عنه لانه غير متعد فى الحبس فبقى امانة كما كان عنده
ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله العين
كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول
ولا اجر له وان شاء معمولا وله الاجر وسنبين ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس
لعمله اثر فى العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه
نفس العمل وهو غير قايم فى العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل
الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل
ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس
وهذا الذى ذكرناه مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس
فى الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال

بالمحل ضرورة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا من حيث انه تسليم فلا يسقط الحبس كما اذا
قبض المشترى بغير رضاء البايع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له
ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل فى محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة فى محل
بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل فى ذمته ويمكن
ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استاجر
رجلا ليذهب الى البصرة فيجئ بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقى فله الاجر
بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا
معلومين وان استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجئ بجوابه فذهب فوجد
فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد رحمهم الله له
الاجر فى الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر
مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه
نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما فى الكتاب لكن الحكم معلق به
وقد نقضه فيسقط الاجر كما فى الطعام وهى المسئلة التى تلى هذه المسئلة وان ترك
الكتاب فى ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض
وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر
له فى قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة
الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله اعلم

باب ما يجوز الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار
الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيه ولان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه فانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شئ للاطلاق الا انه لا
يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد
العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضى للزراعة لانها منفعة معهودة
فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما
فيدخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
فى الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق

وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد يستأجر للزراعة
ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة او يقول
على ان يزرع ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة
قال ويجوز ان يستأجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها
منفعة يقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس
ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لها ففي ابقائها اضرار بصاحب الارض بخلاف ما
اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية
معلومة فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له
قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص
الارض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون
البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير
اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه
الشجر ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة وان اطلق
الركوب جاز له ان يركبها من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او احدا ليس له
ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه
نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ
وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها
غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح
التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا واما
العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان
التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا وان سمى نوعا
وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل عليه ما هو مثل
الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت
او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لعدم الرضاء فيه
وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه

ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع في ظهره والقطن ينبسط على
ظهره قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها
ولا معتبر بالثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل
لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد
الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل
عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون
فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ
يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها
او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا
لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة
رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونهما وانما هما للمبالغة
فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها
الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية قيل تاويل
هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا
يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة
المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان
المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد
الى نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى
حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمير فلا ضمان عليه لانه اذا كان
يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه
في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة فان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن
من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر ضمن لما قلنا في السرج
وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك

راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة
فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف
من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط
عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا
يحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه
وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير
مفيد اما اذا كان يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت
اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل فان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن
لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى ان بقي صورة
قال وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ
فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة
فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها
فيها وكثرة الحاجة الى سقيها وكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب
الارض على ما قررنا ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء
ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه
القرطق الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل القباء وقيل هو مجري على اطلاقه لانهما
يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لان القباء
خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به
انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل
لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة
على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن
من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار
كمن امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير فكذا ههنا والله اعلم

باب الاجارات الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما
تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة

اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا
ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى
بالضرورة في الصحيح منها لان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما
اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب
زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب
الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد
صحيح في شهر واحد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان الاصل
ان كل كلمة اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان
الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة
لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة
قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمواجر ان يخرجه الى
ان ينقضي وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر
الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر
الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في
اعتبار الاول بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط
كل شهر من الاجر لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز
وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت
الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف
الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة
كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة
رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي
يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول
وله انه متى تم الاول بالايام ابتدى الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى اخر السنة
ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام
اما الحمام لتعارف الناس فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام

ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روى انه عليه السلام
احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم فيقع جائزا ولا يجوز اخذ
اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من
السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار على الاذان
والحج وكذى الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز
الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه
استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز لنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن
ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد به رسول الله عليه السلام الى عثمان ابن ابي العاص وان صلى الله عليه
اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل
ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم
مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه
فلا يصح وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم
لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه
الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار
على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله
الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر نصيبا من داره او
نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل
والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار
كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان
تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبر تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي
به يحصل التمكن ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما
يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط للعقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على
ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه
بخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما

اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك بينهما طارئ
قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن
اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله عليه الصلوة والسلام
وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به
واللبن يستحق بطريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة
ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا يستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة
لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر
عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله واذا صح ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة
اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز
والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر
شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه
تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة
واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة
دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز
ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء
عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد ذكرنا في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان
الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما
يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها
لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا
لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله لان المنزل حقه
فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل
يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي
لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى
به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك يكون على الظئر اما الطعام

على الوالد وما ذكره محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة
اهل الكوفة وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق
عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه
اختلف العمل ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر
حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله
فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له
حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما
في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول
وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بفعل غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجر ليحمل
نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال
بالتعجيل مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان
ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز
بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي
بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر
هو الصائغ
رجلا يخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهم الله في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل
ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فيرتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان
ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه
ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف وكان
المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استاجر
ارضا على ان يكربها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة
الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات
العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها

فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مواجر الارض يصير مستاجرا
منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل
المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شك في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع
يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا يبقى منفعته
وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظيمة هو الصحيح لانه يبقى
منفعته في العام القابل وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال
الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى واللبس باللبس والركوب له ان المنافع
بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس
بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رحمه الله
ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا
اختلف جنس المنفعة واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار
صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله له المسمى
لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه
وبين غيره ليضع فيه الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجر لعمل
لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا
لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريكه فيه فيكون
عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك
المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو
ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه
يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض يستاجر للزراعة ولغيرها
وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر به غيره فلم يكن المعقود عليه
معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط

الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة واذا استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الانسان فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قايم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وعندهما يضمن الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدة مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظم بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذونا فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكر ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق وانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل فكان ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه تبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن تقييده بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه

فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم بالصواب

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار له ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واى الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وهو احد الشيئين وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لان الاجر يجب بالعمل وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فيبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في المسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه الاجر ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة

قد صحت على ما مر وله ان الضمان يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جايز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الموجر لانهما اختلفا في امر محتمل فترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه والله اعلم

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر وصبغته اصفر وقال الصباغ بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل ومعناه انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما تعين جهة الطلب باجر جريا

على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر يصلح للدفع والحاجة الى الاستحقاق والله اعلم

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في العبد وعن محمد رحمه الله ان الاجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما ذكرنا من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة قال

ويفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنفسخ الا بالعيب لان
المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع
غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض
في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل
ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استأجر حدادا ليقلع
ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فاختلعت
المرأة منه يفسخ الاجارة لان في المضي عليها الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا
ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها
في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس
لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى
قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع
الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج
فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر
فينفرد العاقد بالفسخ وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي
ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر
كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له
من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر لانه ربما يذهب للحج
فذهب وقته او في طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر
لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المواجر فقعد
فكذلك الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي رحمه الله انه عذر لانه لا يعرى
عن نوع ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبدا ثم باعه فليس
بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه
امر زائد واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فيه فهو عذر لانه يلزمه
الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة

خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر ورأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا
يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه
ان يقعد الغلام في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر
دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان
الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استأجر
غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة
السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا
اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه ضرر اذ المستأجر
يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع
من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة** ومن
استأجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى فلا ضمان عليه
لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت
الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها
لا تستقر في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل
بالنصف فهو جائز لان هذا شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا
بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة فيما يحصل ومن استأجر جملا
يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول
الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود
هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف
فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال
المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا قال وان استأجر بعيرا
ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق
عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون
ورد الزاد معتاد عند النقص كرد الماء فلا مانع من العمل عند الاطلاق والله اعلم

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال

شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلوة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق بادائه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك وكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان رحمه الله لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكيته نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا لحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال وان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط اما الميتة ليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد

تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال وينقص
عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت
كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل
حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة
لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا
كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف
اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره
لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك
على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا يتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم
دين في الذمة فيجوز عن ابي حنيفة رحمه الله رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم
يعتق وان عجز يرده في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه
الصداق قلنا العين في المعاوضة معقودة عليه والقدرة على المعقود عليه
شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة
على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى ولو اجاز صاحب العين
ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع
انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة
فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه . وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يجوز ذلك اجاز او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم
قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين
فعن ابي حنيفة رحمه الله رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد
العقد الا اذا قال اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي
يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون
المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين

في كفاية المنتهى قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عبدا بغير عينه فالكتابة
فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهما الله هي جائزة ويقسم المائة الدينار
على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان
العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل
في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة
لا يصلح بدلا فكذلك مستثنى قال واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة
ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول
القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة انه لا يجوز لانه
يشمل اجناسا مختلفة فيتفاحش الجهالة بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة
ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال
او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه تبتنى على المسامحة
بخلاف البيع لانه مبني على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر
فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة
الخل في حقنا فايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم المبدل فيجب عليه قيمته
وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله
البعض لان القيمة يصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة
يجبر على القبول فجاز ان يبقى العبد على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا
قال واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين
الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث
لم يجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال رضي الله عنه ويجوز للمكاتب
البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف
مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء

من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة بما لا يتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك
البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في صفقة
اخرى قال وان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان هذا
الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص
فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة
وهذا لان الكتابة يشبه البيع ويشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب
العقد كما شرط خدمة مجهولة لانه في معنى البدل وبالنكاح في شرط لا يتمكن في صلبه
هذا هو الاصل ونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا
الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة
قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير
لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات
التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا
يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات
التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض
لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء
فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يملك المهر فدخل تحت العقد قال
وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه
عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع
لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب
والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب
فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى
لان له فيه نوع ملك ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى المباشر
العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى

الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل
فيثبت له قال واذا اعتق عبده على مال او باعه نفسه او زوج عبده لم يجز لان
هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته
واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث
فلانه تنقيص العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه
اكتساب لاستفادته المهر على ما مر وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب
لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما
سواهما والولاية نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله له ان تزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب
والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبراه بالاجارة ولهما
ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا
اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال ولهذا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد **فصل** واذا اشترى
المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق
فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق
يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان
في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد
حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب
نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد
فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا
من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر فسخه واذا اعتق لا يكون له
فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها اذا كان
معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع
في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب

في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رحمه الله وله
ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به
ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء
عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له
دخل في كتابته لما بينا في المشترى وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه
ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولد من المكاتبة
ولد لان امتناع البيع ثابت فيها موكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال
ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها
لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال واذا تزوج المكاتب
باذن مولاه امراة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم
بالقيمة وكذلك العبد ياذن له المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت الحق وهو
الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين
رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا
هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم وهذا ليس في معناه لان
حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على
الاصل ولا يلحق به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها
رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق
وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة
وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد
وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب
في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا
ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب
التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه
كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل

واذا ولدت المكاتبة من مولاها
فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له
لانها تلقتها جهتا حرية عاجل ببدل واجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت
من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد
بالدعوة فاذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا
ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت
مالا يؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك
مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا اخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة
وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات
المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها
قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى
وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد
لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب العتق عند الاداء
فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها
من غير فائدة غير انها يسلم له الاولاد والاكتساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل
وبقيت في حق الاكتساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة
قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا
من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى
ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او في جميع مال الكتابة وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله تسعى في الاقل منهما وقال محمد رحمه الله
تسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار وابو يوسف
مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار واما الخيار ففرع تجزي الاعتاق فعنده لما
تجزى بقي الثلثان رقيقا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة
فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل
لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل وقد
سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها

الكل بان خرجت من الثلث فسقط كل بدل الكتابة وههنا يسقط الثلث وصار
كما اذا تاخر التدبير عن الكتابة ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا
يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد
بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان
لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امراته ثنتين ثم طلقها
ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا
بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا
استحقاق عنده في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا
ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة
لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا
مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف من هذا الفصل في الخيار
بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى
مكاتبته عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزم الا مقابلا
بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه الكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى
ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب
لانا نبقي الكتابة في حقه وان كاتبه على الف درهم الى سنة وصالحه على خمس مائة
معجلا فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين
مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل
في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال
وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة
عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد
بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة قال واذا كاتب
المريض عبده على الفين وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة
فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي

يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له
ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امراته
على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى
اجري عليه احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط
معنى فيعتبر من ثلث جميع المال بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق
الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة الاف الى سنة
وقيمتها الف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث
الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من
المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجز الورثة ادى ثلثي
القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتاخير فاعتبر
الثلث فيهما **باب من يكاتب عن العبد** واذا كاتب الحر عن عبد بالف
درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول
الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتب المولى
على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة موقوفة على
اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا
لانه شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق
العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه
من صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال
واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غايب فان ادى الشاهد او الغايب عتقا
ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب وهذه كتابة
جايزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغايب
لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل
نفسه اصلا والغايب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل
اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه
على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا

فيه ولا يكون على الغايب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر
المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغايب فلانه ينال به شرف الحرية
وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته
الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه
لان الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع به غير مضطر فيه وليس للمولى ان ياخذ
الغايب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة
للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره
بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا قال
واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جايز وايهم ادى يرجع على
صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها
تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب
نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال الذي
قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان
يتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه
للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن
واذنه له ان يقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان
كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل
في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم
عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه
وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد
على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام
ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم يكن وتبين ان الجارية كلها
ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطئه سابق ويضمن لشريكه نصف
قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة
ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين
وطئها كان ملكه قايما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف
وقته لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة
جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت
ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
هي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له
لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ
فينفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب ويبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل
الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه
مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه بالشبهة ويلزمه جميع العقر لان
الوطئ لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبة له قيل يجب
عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم ينفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر
في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة هي
التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور
اختصاصه على ما بينا قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رحمه الله نصف
قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه
ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل
الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء
فلتردد البعض بينهما يجب اقلهما قال واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت
بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد يملكها قبل العجز
واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين انه يملك نصيبه من وقت الوطئ فتبين
انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر

قال وهي ام الولد للاول لانه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا
ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه يملك
نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته
لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال وان كاتباها ثم اعتقها
احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها
لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو في مسئلة
تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي
حنيفة رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق
كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى
يعتق الكل فله ان يضمنه نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا
لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين
دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته
وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان
يضمن المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فتثبت خيرة
الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين
والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب
شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه
قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق واذا اعتقه
احدهما ولا كان للاخر الخيارات عنده فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار
الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله

اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيتملك نصف صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار
ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر
باطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن
نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق
فيختلف باليسار والاعسار عندهما **باب موت المكاتب وعجزه وموت
المولى** قال واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال
يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلاث
هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه
وان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى
على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله
وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه
العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون
اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات
فينفسخ اذا لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء
فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت
عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز
فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى
ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا
كالرد بالعيب بعد القبض واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه
او على مولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه
من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده
وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله

يبطل الكتابة ويموت عبدا وما ترك لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه
ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان
يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية
ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء
يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه
آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت اتنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا
او يستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك
ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في
الكتابة سعى في كتابة ابيه وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء
وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب
عليه تبعا ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق
بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى
لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه
متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى
ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية
ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان
هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا
كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات
المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام
لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق
الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب
والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي
لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا الاختلاف في الولاء مقصود وذلك ينبني على بقاء

الكتابة وانتقاضها فانها اذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا
بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه
فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات
الى مولاه ثم عجز طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق
واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية
وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره
المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء
الى المولى فكذلك الجواز وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز عنده يتبدل الملك
وكذا عند ابي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في
نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير
حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل
وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا
اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا جنى العبد
فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا هو موجب جناية
العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة
مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز
لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال
الحق من رقبته الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ورجع ابو يوسف رحمه الله اليه
وقد يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة
قايم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا
ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا
وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده
كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات
مولى المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية
وسبب حق المرء حقه وقيل له ادّ المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية

على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة
يخلفونه في الاستيفاء وان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا
لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا
عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم
وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى
الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء قبضا
تصحيحا للعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في
كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى
لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء الموالاة وسببه العقد ولهذا
يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر
وكانت العرب تتناصرون باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه
فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يولدون
الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام
الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه
ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المراة تعتق لما روينا ومات معتق
لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين
ويستوي فيه الاعتاق بمال وغيره لاطلاق ما ذكرناه قال فان شرط انه سائبة
فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى
المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب
وهو الكتابة وقد قررنا في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد
موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق
مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب
وهو العتق واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد

عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام
مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا
وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين
احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توامان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت
رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لموالي الاب لان الجنين
غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال
فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا
للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى
يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى مولى الاب
لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب
قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب
الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة
فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا
اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وطلاق
فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى
لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن
لحرمة الوطئ وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة
النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فيعتق مقصودا وفي جامع الصغير
واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام
لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة
كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا
ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما
يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا
عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت
مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج

من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء ولدها لمواليها عند ابي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله وهو قول محمد وقال ابو يوسف رحمهما الله حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حق الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رحمه الله موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسب الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب ولان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة على سبيل العصوبة مع قيام وارث وان كان عصبته يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه وان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى به لان المعتق اخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام قال فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة من ياخذ ما بقي قال فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من

الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي اخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل العصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقرب الى العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن اخر معناه بني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه اذا جنى او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث اخر ولهذا لا يصح الوصية عنده بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم والاية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد اخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق قال وان كان له وارث اخر فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبايل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرا عن ولائه

لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا
بخلاف ما اذا اعتقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل
الحكمي في الوكالة قال واذا اعتق عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق به حق
الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول
ولده وكذا اذا اعتق عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص
واحد قال وليس المولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما
توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه
او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد
وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله
ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق
دون المنعة وقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة
في زمنه الا السلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما يشترط قدرة المكره للاكراه
يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به
محمولا على ما دعي اليه من الفعل واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر
لرجل بالف او يواجر داره واكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او
اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخ ورجع بالمبيع لان من شرط صحة
هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه
الاشياء يعدم الرضاء فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه
لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب
يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق على جنبة الكذب
وعند الاكراه يحتمل ان يكذب نفسه لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت
الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز
والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط الفاسدة فيثبت به الملك عند القبض

حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر
البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز
الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك
بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني
حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول
لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد فاسدا يجعله كبيع المكره عليه
حتى ينقض به بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد
المتبايعين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا
جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طايعا بان كان الاكراه
على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك
في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون
البيع وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد
وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره
لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع
الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
فان ضمن المكره يرجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل
شراء بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ
ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها
حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقاط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم

فصل

وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر فاكره على ذلك بحبس او قيد
او ضرب لم يحل له الا ان يكره بما يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك
وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات
انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف

على النفس والعضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ولا يسعه ان
يصبر ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع
معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله
لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار
مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا تحرم فكان اباحة لا رخصة الا انه
يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه
كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال فان اكره على الكفر بالله
او لسب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى
يكره بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس
باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى فان خاف ذلك وسعه
ان يظهر ما امروه به ويورّي فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه
لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف
وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من
اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا الاظهار لا يفوته الايمان حقيقة لقيام التصديق
وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم
يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وقتل وسماه النبي عليه
السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة لان الحرمة باقية والامتناع
لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال مسلم
بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير
يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكرَه
لان المكرَه آلة المكرِه فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بالقتل على
قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يُقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم
مما لا يستباح لضرورة ما فكذا لهذه الضرورة قال والقصاص على المكرِه ان كان
عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب
على المكرَه وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما

لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم
بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا
يتمسك الشافعي في جانب المكرَه ويوجب على المكرِه ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه
وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف رحمه الله ان
القتل بقي مقصورا على المكرَه من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكرِه من وجه نظرا
الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيوة فيصير
آلة للمكرِه فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي
على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكرِه في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا
قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة
العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان
او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق
الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكرِه على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه
قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع
على المكره بما يلزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من
قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكرِه من حيث
انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على
التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد
العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود
المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ
ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين
والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء
فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه
فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال

وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير مسلما لانه لما احتمل واحتمل الكفر رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين ربه اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد عليه الصلوة والسلام ففعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا اخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي عليه السلام بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررنا زيادة على هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون ولا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا يجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقل البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمجنون والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بينا قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق لانه عارف وجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على الحر العاقل السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت

في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هؤلاء يعتمد
بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رحمه الله انه مخاطب عاقل
فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم
وهو اشد ضررا من التبذير فلا يحتمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام
كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع
الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على
الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة
والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات
وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه
جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان
قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء
فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم
اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا
وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس
رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا
ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا
الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار
اثر الصبا وهو اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة
رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى
التفريع على قوله وانما التفريع قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع
توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد
والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل
البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي
عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد

رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا
الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي
رحمه الله لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا
لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج العقلاء لاتباع
الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه
الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ
بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه
واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق
الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا يجب
السعاية لانه لو وجب انما وجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه
لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يونس منه الرشد
سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير
ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له
لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال
هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها
لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الاول لان الولد شاهد لها
ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج
امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا
جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه
وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت
ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر
المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا وتخرج الزكوة من مال
السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوي ارحامه
لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه حقا لقرابته

والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى
مصرفها لانه لا بدّ من نيّته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير
وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيّته
وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفّر يمينه وظهاره
بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذّر امواله بهذا الطريق ولا
كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانه واجب عليه
بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلّمها الى ثقة من الحاج
ينفقها عليه في الطريق كيلا ينفقها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها
استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا زاد على مرة واحدة من الحج
ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما
ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القُرَب وابواب
الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية
تخلفه ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال
ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء
وقال الشافعي رحمه الله يُحجَر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل
اهلا للولاية وللشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الآية وقد
انس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا
لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا
وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو ان يُغبَن في التجارات ولا يَصبِر عنها
لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

بلوغ الغلام بالاحتلام
والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند
ابي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك
حتى يتم لها سبعة عشر سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم للغلام
والجارية خمسة عشر سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول

الشافعي رحمه الله وعنه في الغلام تسعة عشر وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشر
ويتم له ثمانية عشر فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى
يستكمل تسعة عشر اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقةً والحبل والاحبال لا يكون
الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك
في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين اما السن فلهم العادة
الفاشية ان البلوغ لا تتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اَشُدَّه واشد
الصبي ثمانية عشر سنة كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القُتَبي وهذا اقل
ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع
فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج
لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحُلُم واشكل امره في البلوغ فقال
قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا
فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله لا اَحجُر في
الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجرَ عليه لم اَحجُر عليه
لان في الحجر عليه اهدار آدميته فلا يجوز لضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه
الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى
يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه
حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على
السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت
حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا
يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع عنه قال وباع ماله ان امتنع المفلس
من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى
يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة
والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة
والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما

بتأخير حق الداين وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا وان كان دينه دراهم
وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للداين حق الاخذ من غير
رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك
باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله استحسان والقياس ان لا يبيعه
كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان
في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف
وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الداين ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض
لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود وسائل فافترقا ويباع في الدين
النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء
الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي
لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال
فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال
حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه
مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به
لعدمه وقت الحجر وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي
ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله
الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال وان لم يعرف
للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه
بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القضاء من هذا
الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة ان لا مال له يعني خلى سبيله
لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته
وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن فيه من الاشتغال بعمله هو الصحيح
ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه
وطئها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول
بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر

لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم
في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له
مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فيثبت العسرة فيستحق النظرة الى الميسرة
وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله غاد ورائح
ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة
وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها
اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر
دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته
لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة
ولو اختار المطلوب والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين فان لا يمكنه
من الدخول في داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المراة
لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكنه يبعث امراة امينة يلازمها قال
ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه
وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبايع خيار الفسخ لانه عجز
المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البايع عن تسليم المبيع وهذا لانه
عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز
عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق
وصف في الذمة اعني الدين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها
الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر
واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي
اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه
ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه

كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا
لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه
لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا
راى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله
ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا فاسدا
او صحيحا لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا
ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال فاذا اذن المولى
لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في ساير التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول
اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع
ويشترى ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن
اليسير فهو جايز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من
المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية
نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته تعتبر
عليه من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار
في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده
يقال للمشتري ادِّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم
لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن
ويترهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض
ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة
لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح
قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال
مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا
ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع

لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة
لا ينحجر به ويحصل المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع
منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف
في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية
من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص
بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند
ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف
في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد
حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك
فيه قال فان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام معناه
ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا
ينسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادِّ الي الغلة كل شهر كذا او قال
اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد
صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد لهما منه وهو نوع فيصير ماذونا
في الانواع قال واقرار الماذون بالديون والغصوب جايز وكذا بالودايع
لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته
ولا فرق بينما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في
مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة
لانه كالمحجور عليه في حقه وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه
وقال ابو يوسف رحمه الله يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها
ولهما ان الاذن يتضمن التجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي
الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي ولا يكاتب لانه ليس
بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة
الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نايبا عنه

ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير ولا يعتق على مال لانه
لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض
ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء
فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف
من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه
لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت له ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رحمه الله ان
المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا
باس بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى
قالوا ولا باس للمراة ان يتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه
لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل
ما يحطه التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء
بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنع التجار
ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يوخر في
دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته تباع للغرماء
الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في دينه
بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم تكن لا تفويت مال قد كان له
وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له بالرقبة
بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن
ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء
كدين الاستهلاك والجامع بينهما دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة
وهي داخلة تحت الاذن وتعليق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا
الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب
لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق
الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب
ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة

والاستيجار وضمان الغصوب والودايع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر
بوطي المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم
ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء
من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا
يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء
حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في
الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل
الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه
يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة
فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه
لانه لو انحجر لتضرر الناس لتاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه
وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق
وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره
لم يصح ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره
فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام
ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به
حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع
في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر
لانه لا ضرر فيه قال ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون
محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم
الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت
والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى قسم ماله بين ورثته قال واذا ابق
العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي
ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة
لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء

الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب
لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت المأذون لها من مولاها
فذلك حجر عليها خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر
انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر بخلاف الابتداء لان الصريح قاض
على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق
الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة المأذون لها
اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ
العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن
لقيمتها لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على المأذون فاقراره جائز فيما في
يده من المال عند ابي حنيفة رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او
غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا
يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر
ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره
او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح
هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط
بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه
المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره وكذا ملكه
ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد
قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما
باشره قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده
ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده ويعتق
وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك
اعتاقه ووطئ الجارية المأذون لها وهذا اية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت
الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك
المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه

عن الحاجة كملك الوارث على ما قررنا والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه
فيه فاذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما يضمن
قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال واذا لم يكن الدين محيطا بماله جاز
عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله
فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن
ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من المولى شيئا
بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان
لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز
لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته
اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض
وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي
بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع
باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه
تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما
اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز
ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا يجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن
المولى ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو اذن بمباشرته غير ان ازالة المحاباة لحق
الغرماء وهذان الفرقان على اصلهما قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة
او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بينا ولا تهمة
في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه وتمكن المولى
من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم
اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد

سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن
عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه
في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البايع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان احق به
من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه
باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة
تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جايز
لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم
بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد الحرية لان الدين في ذمته
وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته
ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما
وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى
متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته
وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمن البايع قيمته وان شاؤا المشتري
لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبايع
متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين
وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن
السابق كما في المرهون فان ضمنوا البايع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع
بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم
وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على
المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين
فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستيفاء والاستيفاء من رقبته
وفي كل منهما فائدة فالاول تام موخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة
فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع
ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البايع غايبا فلا خصومة
بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وقال ابو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف
اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم
عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مثل الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك
لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام
بهما فيكون الفسخ قضاء على الغايب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان
فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه
وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر
هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه
لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانه خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد
على ما بيناه فان حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى
وان قال هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا اذن ولي
الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع
حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه
مولى عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فلا يكون وليا للمنافاة وصار
كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية
على اصلي فيتحقق الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء يتولاه الولي فلا ضرورة
ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على
ما عرف تقريره في الخلافيات والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت
نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال
تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض
كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر
فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي
لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب
والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف الشرط لانه ليس اليه تقليد
القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد

المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع قال ومن غصب شيئا مثل المكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الاية ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب في الذمة المثل وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العدديات المتقاربة فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد

العين المغصوبة معناه ما دام قايما لقوله عليه الصلوة والسلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك يعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا يزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هنالك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقصه منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس

ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يتصدق وسيذكر الله الوجه من الجانبين ان شاء الله
تعالى قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه
وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب
فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند
العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر ذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب
وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما
تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه
عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء بخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب
فقبض والاوصاف يضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده
غير الربوي اما الربوي لا يمكنه ان يضمن النقصان فيه مع استرداد الاصل لانه
يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
لما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق
وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير المستعار لابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه
وملكه الضمان ظاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا
عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير بغير اذنه وما هذا حاله
فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم
به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان
لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه
بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة
في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه
وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال
وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية
باعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح
وهذا عندهما واصله الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب والوديعة وربح

لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلايل وجوابهما في الوديعة
اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف
في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار
اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له
وهذا قال الكرخي رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا يفيد التعيين لا بد ان يتأكد
بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال
فهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف
جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا
لان الربح انما يتعين عند اتحاد الجنس

فصل

فيما يتغير بعمل الغاصب واذا
تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك
المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي
بدلها كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذ
منه سيفا او صفرا فعمله انية فهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق
المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه
النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن ابي يوسف
انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي
رحمه الله ان العين باقية فيبقى على ملكه ويتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة
والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك
على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة
وسلخها وارّبها (قطعها قطعا) ولنا انه اذا احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه
الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قايم من كل وجه فيترجح
على الاصل الذي هو فايت من وجه ولا يجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث
انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمه باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه
يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله لا يحل الانتفاع بها

حتى يؤدي بدلها استحسانا والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر
وهكذا عن ابي حنيفة رضي الله عنه رواه الفقيه ابو الليث رحمه الله ووجهه ثبوت
الملك المطلق للتصرف الا يرى انه لو باعه او وهبه جاز وجه الاستحسان قوله صلى الله
عليه وسلم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى
افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان
في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الرضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه
وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك
صار موفى باليد فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لسقوط حقه به وكذا
اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا
بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف
رحمه الله يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف
ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا
لهما واصله ما تقدم قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم
او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء للغاصب
وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك
هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال
في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى
ان الاسم باق ومعناه الاصلية الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا
باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها
غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة
وبنى فيها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك
اخذها والوجه من الجانبين قدمناه واحولنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرار الغاصب
بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار
كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينة
ثم قال الكرخي رحمه الله والفقيه ابو جعفر رحمه الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة

اما اذا بنى في نفس الساجة ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال
ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء
ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه
انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها
وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع
الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف
قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد
قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه
لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا يبطل عامة
منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه
قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان
لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب
الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين
وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من
المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمد رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب
نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها
او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق
ولان ملك الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد
للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فان كانت
الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له
لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر
يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم
وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال
ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة
ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ و

والثمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب
بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة لان التمييز ممكن بخلاف
السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان في رعاية الجانبين والخيرة
لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساجة يبني فيها لان النقض له بعد
النقض اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية
من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رحمه الله
في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ
بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية
الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه
في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم
فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم
يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو
صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا
ينقصه الحمرة بان كان قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد
رحمه الله انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة تأخذ ثوبه
وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب
عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله
لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه
ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه
بخلاف غيبة المدبر لانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك لحق المدبر نعم قد يفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن فالقول في القيمة قول الغاصب
مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه قال
الا ان يقيم المالك بينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان
ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها

او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك
بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض
لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذ دونها لعدم الحجة قال
ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذا الجواب
في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث
لم يعط ما يدعيه والخيار لفوت الرضاء قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه
المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت
فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد
والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها
وثمرة البستان المغصوبة امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى
فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة
متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه
كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة
على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر
عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه على ما قال في الكتاب
وذلك بان اتلفه او ذبحه فاكله او باعه فسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها
اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع
بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق الجواب
فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب
بما فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت
الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء جبر النقصان
بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد

قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم
شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد
وهو الولادة والعلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا
وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت
او قطعت يد المغصوب واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد
الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت
الام اذ لا يفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله
للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصى لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا
اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية
فزنى بها ثم ردها فحبلت فماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه
في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد
قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب
كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت
منه وكمن اشترى جارية حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في
نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف
وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا
جنت في يد الغاصب جناية وقتلت بها في يد المالك او دفعت بها فان كانت
الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن
بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم
وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد
السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص
باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمنها ويجب اجر المثل
ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب اجر المثل
وان عطلها لا يجب عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا

في الغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن
حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن
ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان
لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها
متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما
انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل

في غصب ما لا يتقوم واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما المسلم
لم يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما
ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في
حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان
ولنا ان التقوم باق في حقهم الخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة ونحن امرنا بتركهم
وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف
مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين
تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن
تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكه وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف
العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف
بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة
قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر
ان ياخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد
بالفصل الاول اذا خلله بالنقل من الشمس الى الظل وبالفصل الثاني اذا دبغه
بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة
غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد
مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء
وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ

والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه
كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده
لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه
بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على
ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك
ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته فعليه خلفه قيمته
كما في المستعار ولهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول
على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي
لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب
وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي
ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة
غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها
وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ
والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب
في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ
الثوب لانه له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك
لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على
هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب
والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب النجس ولو استهلكه الغاصب
يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله
فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد
عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح

فيها قالوا عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما
اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي
مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في
دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما
في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد رحمه الله ان صار خلا من ساعته
يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم
يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط
الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله
هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان
في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض
المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها
بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه
اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهي قال ومن كسر لمسلم بربطا او
طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء
جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن
ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة
والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى
في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب
نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان في
التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه
فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام
ولابي حنيفة رحمه الله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان
صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا
يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم

والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم ويجب قيمتها
غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك
المقاتل والعبد الخصي يجب القيمة غير صالحة لهذه كذا هذا وفي السكر والمنصف
يجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا
بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك
قال ومن غصب ام ولد ومدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن
قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة
متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل
ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة
مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع
قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب
والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد
الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله
عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له ان كان غائبا اذا كان طريقهما
واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال
شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله
عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم واذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير
رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة
تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال
تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع
وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا لدفع ضرر الجوار وهو مادة
المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاج
عن خطة ابائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقق ضرر غيره واما
الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع

فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال
بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق
الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا
قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا
انه مقدم قال فان سلم الشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما
بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه
في سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره
سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان
للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك
في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل المعين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم
على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله
لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى
يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون
نهرا لا يجري فيه السفن وما يجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على
ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة
فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا
فلاهل السكتين ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق
فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكن شفيع جوار
لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق
قال والشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع
شفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي
رحمه الله على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعة
فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال

السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته
ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات
ملكه بخلاف الثمرة واشباهها واسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على
عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت
ولو كان البعض غيبا يقضي بها بين الحضور على عددهم لان الغايب لعله لا يطلب وان
قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل
واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا
النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغايب بخلاف ما قبل القضاء
قال والشفعة يجب بعد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها الاتصال
على ما بينا والوجه فيه ان الشفعة انما يجب اذا رغب البايع عن ملك الدار والبيع
يعرّفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البايع بالبيع
وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه
حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه
دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد
قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك قديم فلا ينتقل
الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ويظهر فائدة هذا
فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار
بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة
الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله
يجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء
الله تعالى **باب طلب الشفعة والخصومة فيها** قال واذا علم
الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه
طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته
لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة
في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ

وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر
وبالثانية اخذ الكرخي رحمه الله لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل
كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال
سبحان الله لا يبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب
منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه ولا يدل شيء منه على الاعراض
وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب
المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد في المجلس اشارة
الى ما اختاره الكرخي رحمه الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما اذا
قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعاني واذا بلغ الشفيع
بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا
صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه
بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا الخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه
الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في
الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على
ما ذكرناه ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج
بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني
من المجلس ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على
المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما
خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق
متعلق به فان سلم البايع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا
يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه
الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا على ذلك وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا يصح الا في

معلوم والثالث طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى
ولا يسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر رحمه الله
معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا ترك المخاصمة في مجلس
من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا
دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رحمه الله انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة
ابدا يتضرر المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه
بشهر لانه اجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة رحمه الله
وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه
وهو التصريح بلسانه كما في ساير الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غايبا ولا
فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا يبطل شفعته
بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال
واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه
فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا
تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على
المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما ادعى رقبتها واذا
بين ذلك يساله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها انا شفيعها بدار لي تلاصقها
الان تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى بتحديد هذه الدار التي يشفع بها
ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد عليه قال فان عجز عن البينة
استحلف المشتري بالله ما لم تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع
لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان
نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك
ساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة
لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف
المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره

فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف
بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده
اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر
الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر
رواية الاصل وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه ان يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره
حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط
تسليمه فكذا لا يجب احضاره واذا قضي له القاضي بالدار للمشتري ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه فوجب الثمن بعد ما قال له
ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالقضاء عند القاضي قال وان احضر
الشفيع البايع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي مستحقة
ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالبيع على
البايع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي بهما للشفيع
فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البايع لانه
صار اجنبيا اذ لم يبق له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى
وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه
هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة
وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه
يتحول الصفقة اليه ويصير كانه المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف ما
اذا قبضه المشتري فاخذه منه حيث يكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي
الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية
المنتهى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو خصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ
بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم

يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل
على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البايع الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه
مع ذلك قايم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان
البايع وكيلا لغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان
البايع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال وان قضي للشفيع بالدار ولم يكن
راها فله خيار الروية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران
كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برويته لانه ليس بنايب عنه
فلا يملك اسقاطه **فصل في الاختلاف** قال وان اختلف الشفيع
والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه
عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان
كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك
ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار
كبينة البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود
بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالى
بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج
لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي
عن محمد رحمه الله واما المشتري من العدو فلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة
المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول
اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات
للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه ولم يقبض الثمن
اخذها الشفيع بما قال البايع فقد وجب الشفعة به وان كان على ما قال المشتري

فقد حط البايع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله
ولان التملك على البايع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته
فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البايع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان
الثمن ما يقوله الاخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف
وياخذها الشفيع بقول البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال
وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لانه لما
استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين
المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار
بالف وقبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف
لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار
قوله في مقدار الثمن **فصل فيما يوخذ به الشفعة** قال واذا حط
البايع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن
لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع
لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى
يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد
بيناه في البيوع بتوفيق الله وان زاد المشتري للبايع لم يلزم الزيادة الشفيع
لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط
لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم
الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن
اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها
بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت
للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف
والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل

واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته قال
واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى
ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر رحمه الله
له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن
كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل
انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع وليس الرضا به في حق
المشتري رضى به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن
لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار كما
اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان
اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري
رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم تبطل باخذ
الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار
الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب
وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ومراده الصبر على الاخذ اما الطلب عليه في الحال
حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابي يوسف
الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ
في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى
ذمي بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع
مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل والخنزير
كالشاة فياخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما
اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم في حق المسلم
فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر
لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر

من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا والله اعلم

فصل واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار
ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس
وبين ان يترك وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء
لابي يوسف رحمه الله انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف
بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا
زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى
الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق
متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون
وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته
وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه حصل من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد
البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع وانما لا
يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير الضرر وان
اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها
او غرس ثم استحق رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء
والغرس لا على البايع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البايع والمشتري والفرق على ما هو المشهور
ان المشتري مغرور من جهة البايع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع
من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف
شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء
والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا
ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض
حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك

لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال واذا نقض المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها من الثمن وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسانا وفى القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل فى البيع من غير ذكرها فاشبه المتاع فى الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس فى النخيل ثمر فاثمر فى يد المشترى يعنى ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف فى ولد المبيع قال فان جذه المشترى ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر فى الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال فى الكتاب وان جذه المشترى سقط عن الشفيع حصته من الثمن قال رضى الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن اما فى فصل الثانى ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلم يقابله شئ من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة فى العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما يجب دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة فى كل شئ عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببه الاتصال فى الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحاء والبئر والطريق قال ولا شفعة فى العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا فى ربع او حائط وهو على مالك فى ايجابها فى السفن ولان الشفعة انما وجب لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك فى المنقول لا يدوم حسب دوامه فى العقار فلا يلتحق به وفى بعض نسخ المختصر ولا شفعة

فى البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور فى الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو بحيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة فى السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمى فى الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان فى السبب وفى الحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغى والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك به المشترى صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة فى الدار التى يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما يجب فى مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعى رحمه الله يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار او مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض فى العقد فى كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة فى جميع الدار عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا يجب فى حصة الالف لانه مبادلة مالية فى حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الاصل وكذا فى التبع ولان الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال العبد الضعيف رحمه الله هكذا ذكر فى اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقى الدار فى يده فهو يزعم انها

لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه
وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها فكأنه مبادلة مالية
اما صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانها اخذها
عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن في جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة
لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون
الموهوب ولا عوضه شايعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما
اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب
منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع
زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال
ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند
ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع
لعجز المشترى والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب البيع لعجز
المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع
وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر
لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشترى وفيه اشكال اوضحناه في البيوع
فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل
خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف
بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه
في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها
اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت
الشرع لرفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان
الخيار للمشترى في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه وان سقط
حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله
الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع
قبل الحكم بالشفعة كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء الملك في الدار التي

يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذة بالشفعة على ملكه فان
استردها البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته لانقطاع ملكه
عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة له بطلت الشفعة لانقطاع ملكه عن التي يشفع
بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال
واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز
ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى
دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية او بشرط او بعيب بقضاء
قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء
العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع
فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد
في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده
الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف
وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة
بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا يصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان
الرواية محفوظة في كتاب القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في
الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله اعلم

باب ما يبطل به الشفعة

واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم
بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض
انما يتحقق حالة الاختيار وهي حالة عند القدرة وكذلك اذا اشهد في المجلس ولم يشهد
على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته
على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو
مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد
اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص
لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره
اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاخترت

سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية وفي الاخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في
الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا
مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه معناه اذا مات [قال رضي الله عنه]
بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن
وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع
ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت
البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان
مات المشتري لم يبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري
ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله
ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع
ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق
قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشري المشفوعة
كما اذا سلم صريحا او ابراء عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع
داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال ووكيل البائع اذا
باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل
ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول
يأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ
بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له
وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا
شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري
قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او
بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم
لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني
اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها

بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهو الدراهم او دنانير
وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر
رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال
واذا قيل ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت
الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد
في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم
لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل
تسليم في ابعاضه **فصل** واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي
يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا
المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها
فالشفعة للجار في السهم الاول دون الباقي لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري
في الباقي شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا
والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن
دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو عوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه
حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته
الا انها لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني
فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع بطل
الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند
ابي يوسف رحمه الله ويكره عند محمد رحمه الله لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر
ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع من اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى
هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** قال واذا اشترى
خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة
اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض يتفرق الصفقة على
المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي حق الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم
فلا يتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بينما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل

القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي
الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت
يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا التفرق
الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن اشترى
نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع
لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة
والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض
ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن
القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع
كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف
الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله لان المشتري
لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما ياخذه اذا وقع في جانب
الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع
دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه
الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد
لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع
له وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما
شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه حق ثابت للصغير
فلا يملكان ابطاله لديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر وكان ابطاله
اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا
للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون
النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما

لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها
بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح
بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها
محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية
عن ابي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان
المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى
التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه
كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه
فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم
التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبته ولو اشترياه فاقتسماه
يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها
اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه
معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا
لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي
على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها
جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال
ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع
المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فيكون
كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر
معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم
بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة
قال ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه جنس عمل القضاء ولانه
لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة قال

ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه
لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا
جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه
قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الأجر غالياً بتواكلهم وعند عدم
الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر قال وأجرة القسمة
على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك
فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك
المشترك ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأجر مقابل بالتمييز وأنه لا يتفاوت وربما يصعب
الحساب بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز
بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن
إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل
والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي
أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها من فلان لم يقسمها القاضي عند أبي
حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها
باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى
العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه
بينهم لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم
كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا بينة على المنكر
فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم
وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت
الزيادة ينفذ وصاياه فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كان
قضاء على الميت والإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لأن بعض الورثة
ينتصب خصماً عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث والوصي المقر بالدين
فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره بخلاف المنقول لأن القسمة نظر للحاجة إلى

الحفظ أما العقار محصن بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك
العقار عنده وبخلاف المشترى لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم
يكن القسمة قضاء على الغير قال وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل
قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم
قال رضي الله عنه وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان
وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما
لاحتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول الكل
وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك يفتقر إلى قيامه
ولا ملك فامتنع الجواز قال وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد
الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب
وكيلاً يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبياً يقسم وينصب وصياً
يقبض نصيبه لأن فيه نظراً للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة
عنده أيضاً خلافاً لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم
والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه
المورث ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر
عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك
مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق
فإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه
وكذا إذا كان في يد الصغير لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق
يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء
من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما
أطلق في الكتاب قال فإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد
من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصِماً ومخاصَماً وكذا مقاسِماً ومقاسَماً بخلاف

ما اذا كان الحاضر اثنين كما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت الموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم على ما بيناه وان كان احدهم ينتفع والاخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل بالتعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة تمييزا بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي فيقسم القاضي كل موزون ومكيل كثيرا وقليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل الجواب يجري على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضيا الشركاء وكذا الحايط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلف بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او في محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل الملازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال وان كانت دارا او ضيعة او دارا او حانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه

جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف رحمه الله وقال في اجارات
الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد
فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا على شبهة المجانسة والله اعلم

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه
ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اى يقطعه
بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الاخرة ويفرز
كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الاخر تعلق
فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي
يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول
ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء
حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن
القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب
يفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يكن جاز على ما نذكره
بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة (ازالة) تهمة الميل حتى لو
عين لكل واحد منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لان القسمة في معنى القضاء فيملك
الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم لانه لا شركة
في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة
لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وان كان
ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه تقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن
اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه
اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ
لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله
انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن
تحقيق التسوية بان لا يفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم

لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل
قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط
في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في
نصيب الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يكن فسخت القسمة
لان القسمة مختلفة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد
في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال
اما في القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه
الاول فكذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى
لكل واحد تعلق بنصيب الاخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره
من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له
من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق
بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق
والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق
على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها
بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب
والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان
يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم
ليتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق
تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار
وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل
الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائز بالتراضي قال واذا كان سفل له
علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر

بغير ذلك قال رضي الله عنه وهذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح العلو من اتخاذه بئر ماء او
سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة
بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى
التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما من كيفية القسمة بالذرع قال
ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع
بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على
العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربي (اي تزيد) على منفعة العلو بضعفه لانه يبقى بعد فوات
العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى
وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على العلو الا برضاء صاحب السفل فيعتبر
ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود اصل السكنى وهما
يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر
على اصله ولمحمد رحمه الله ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما
ولا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى
التفسير وقول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو
المجرد ثلثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل وثلثة
وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلثة وثلاثون وثلث ذراع
من العلو فبلغت مائة ذراع فيساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة من السفل
المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت
مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل
بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت
الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل

سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون
منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال
رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا يقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع
قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رحمه الله انهما شهدا على فعل انفسهما فلا
يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على
فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة
الى الشهادة عليه اولانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض
والاستيفاء وهو فعل الغير فيقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما
بالاجر لا يقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله لانهما يدعيان
ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا يقبل الا انا نقول
هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل
المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد
قاسم واحد لا يقبل لان شهادة الواحد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه
بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام
الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيء في يد صاحبه
وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم يقم البينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم
جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة
في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا
لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول
خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا
فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة
لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار

البيع على ما ذكرنا من التخالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه
لانه دعوى الغبن ولا معتبر له في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا
كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو
اقتسما واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه
بالقسمة وانكر الاخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يوخذ ببينة
المدعى لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد
على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل
واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة يقضى له وان لم
يقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل** واذا استحق بعض نصيب احدهما
بعينه لم يفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك في نصيب
صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله يفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في
في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق
بعض شايع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا يفسخ القسمة
بالاجماع ولو استحق بعض شايع في الكل يفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم
يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة
رحمهما الله وهو الصحيح لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك
ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شايع في النصيبين
وهذا لان باستحقاق جزء شايع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب
الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز
لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا
الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف
المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع
المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشايع في
النصفين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين
اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم

من الدار والاخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم
فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه
بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق
النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب
المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الاخر عندهما لما ذكرنا
وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان
فيضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصيب
صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة
لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة
الا اذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة
في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين
محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين
دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف
الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة
اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا **فصل في المهاياة** المهاياة جائزة
استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا
يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة
لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايي جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد
الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت
فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ ولا
تبطل التهايي بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة
في النقض ثم في الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة
وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهاياة والتهايي في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة

ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط
ذلك في العقد او لم يشرط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايا في عبد واحد على ان
يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد يكون
في الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايي
من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايي
في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلف الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان نقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايا في عبدين على ان يخدم هذا
هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي
وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي
عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع
من حيث الخدمة قلما يتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها يتفاوت تفاوتا فاحشا
على ما تقدم ولو تهايا فيهما على ان نفقة كل واحد على من يأخذه جاز استحسانا
للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يتسامح فيها ولو تهايا في دارين
على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهر لان الدارين
عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجوز التهايي فيه اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بخلاف قسمة
رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت يقل في
المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما بكثرة التفاوت
في اعيانها فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان له ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت
الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايي في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف
لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يحتمل زيادة على طاقته والدابة تحملها
واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد
والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي

اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة
الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايي على المنافع
فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايي حاصل وهو المنافع
فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال في الدارين جائز ايضا
في ظاهر الرواية لما بينا وان فضل غلة احدهما لا يشتركان فيها بخلاف الدار الواحدة
والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار
الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا
يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع
ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد
فاولى ان يمتنع الجواز والتهايي في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان
قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال
فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب
ولو كان نخل وشجر او غنم بين اثنين فتهايا على ان يأخذ كل واحد طائفة يستثمرها
او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر
قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته
من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا
لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة
من الزرع وفي الشرع هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج
من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع
الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة
الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف -

الزوايد لانه لا اثر هنالك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله انه عليه السلام
نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان
ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر
كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جايز واذا فسد عنده فان سقى الارض
وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر
من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين
لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما
لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة
لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد
وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصلح الا من اهله والثالث بيان المدة لانه عقد
على منافع الارض وعلى منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعلم بها والرابع بيان
من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع
العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط وما لم
يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى
لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد
حصوله لانه لا ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد
والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة
اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان
البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض
لواحد والعمل والبذر والبقر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم
من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر
لواحد والعمل من آخر جاز لانه استيجاره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر

خياطا يخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد
والبذر والعمل لاخر فهي باطلة فهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار
كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان
منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها
العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعة لها بخلاف جانب
العمل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان
آخر لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لاخر وانه
لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين
البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع
والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بساير المزارعات الفاسدة
وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه
قال ولا يصلح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما
شايعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به
ينقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم
معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون
الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان
لا يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون
الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للاخر
والباقي بينهما لانه مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة
الباقي والارض عشرية قال وكذلك اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي
معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة
لانه لعله لا يخرج من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية
معينة والاخر ما يخرج الا من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر
الحب لانه يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن

نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو
الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما فيما هو المقصود
وهو الحب ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط
والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما
ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط
الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان
شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن
واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج على
الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة
ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما
اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا يفوت الذمة بعدم الخارج قال
واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد
فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد
على مقدار ما شرط له لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل
لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه
لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل له فيجب
رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع
بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح
لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره
في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان
استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء
يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا
فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت
المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد
الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله

البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة
الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع
رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا
في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك
قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر
الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى
ولم يستحصد ومات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع
ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في ابقاء العقد في السنة
الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل
فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل المزارعة بعد ما كرب الارض وحفر
الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيها ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة
ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى قال واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب
الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض
وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم
الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد
الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي
من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء
الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل
نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه
حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان
العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف
ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا
العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا

ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ
الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا
قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على
الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء
العقد بعد وجود المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه الخيارات
لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل
الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم
بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا
والمالك على الخيارات الثلث على ما بينا وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية
عليهما بالحصص وان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما
ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد
فيجب مؤنته عليهما واذا شرطا في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد
العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اذا شرط ذلك
على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ رحمهم الله قال شمس الائمة
السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ
فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد
والدياس واشباهه على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا
ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك
كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه
وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في
الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل
او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على

القصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمة الله عليه المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة
معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيه
كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا
للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة
دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس
الخارج يفسد فجعلنا المعاملة وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الارض
والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة
وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها
وقت معلوم فلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك في اصول الرطبة في هذا
بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع
لان ابتداؤه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة
وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان
المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخلا
او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة ويسقيها يفسد المعاملة لانه ليس لذلك
نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا
لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه
لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الربح ولو سميا مدة
قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج
في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد
العقد لانه تبين الخطاء في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف
ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا
ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز الا في النخل
والكرم لان جوازهما بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة

وقد عمت وان خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو
كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب
الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس
للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر
على ما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز
وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز فان استحصد
وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك
ولو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة
الى العمل واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة
وصار كالمزارعة اذا فسدت وتبطل المساقاة بالموت لانه في معنى الاجارة وقد
بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل
ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا
للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين
ان يقتسموا البسر وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى
يبلغ ويرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد
بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض
لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموا بسرا كان صاحب الارض بين
الخيارات الثلث التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه
وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون
وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة
رب الارض على ما وصفناه واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا
والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز
استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله
على العامل ههنا وفي هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل
لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل قبل انتهائها وتفسخ بالاعذار

لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه
فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء
زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل يكون عذرا
فيه روايتان وتأويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع
ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين
رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة
لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل
لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان
فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه
لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية
المنتهى وهذا اصحها والله اعلم

كتاب الذبائح

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان به يتميز الدم النجس
من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تنبئ
عنها ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكوة الارض يبسها وهي اختياري كالجرح فيما
بين اللبة واللحيين واضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني
كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية
وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول
اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا
كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا
او مجنونا او امراة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية

على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمجنون
سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان
الشرط قيام الملة على مر ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة
اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة
اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف
الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله
قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل
ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي
فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحته
لا يحرم على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان
تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله اكل في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا تؤكل
في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية
عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع
فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك
التسمية ساهيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس
رضي الله عنهم انه يحل بخلاف التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف رحمه الله والمشايخ
ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ
لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم
ولان التسمية لو كانت شرطا لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو
كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام قال في آخره انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل

فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان
والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد
وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها
في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار
يشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي
على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة
فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية
لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة
وسمى ثم رمى الشفرة وذبح باخرى اكل وان سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل
قال ويكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان
وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة
وهو المراد بما قال ونظيره بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم يوجد فلم يكن الذبح
واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر
موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان
او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فيحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة
ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة
او بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص
المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم
اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو
عطس عند الذبح وقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون
التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن
عباس رضي الله عنه في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف اي قائمات قال والذبح
بين الحلق واللبة وفي الجامع لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله
والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى

والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء
قال والعروق التي يقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان
لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلاث
فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم
والمرئ الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فثبت قطع الحلقوم
باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رضي الله عنه ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط
قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه
هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله
ان هذا قول ابي يوسف رحمه الله وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف
الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان
يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله
اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع الى ما
ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه قطعه فيعتبر اكثر كل
واحد منها ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب
احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى
العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكثر
يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو
المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى
بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا
عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا
احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان
منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رحمه الله المذبوح
ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن

فانها مدى الحبشة ولان فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع
ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان
الحبشة كانوا يفعلون كذلك ولانه الة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج
الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى
المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان اعتبارا على الحيوان وقد امرنا
فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح فيه بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم
الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا نص محمد رحمه الله
في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك
فيقول في الحل لا باس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد
الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا
القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره
ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه راى رجلا اضجع شاة
وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال
ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كله كره له ذلك ويؤكل ذبيحته وفي بعض
النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي
عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه
ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل
ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو
منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجر
ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان ينخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب
وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل
الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال يؤكل ذبيحته قال فان ذبح الشاة من
قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة
الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق
لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها وقال وما استانس من الصيد فذكوته

الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه
عند العجز عن ذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق فى الوجه الثانى دون الاول
وكذا ما تردى من النعم فى بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك رحمه الله
لا يحل بذكوة الاضطرار فى الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول حقيقة العجز وقد تحقق
فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفى الكتاب اطلق فيما توحش
من النعم وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت فى الصحراء فذكوتها العقر وان ندت فى المصر
لا يحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها فى المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء
فى البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا فى المصر فيتحقق
العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة
حل اكله والمستحب فى الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره ويستحب فى البقر والغنم الذبح
فان نحرهما جاز ويكره فالاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها
فى المنحر وفيهما فى المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهى لمعنى فى غيره فلا يمنع الجواز والحل
خلافا لما يقوله مالك رحمه الله لانه لا يحل ومن نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة فوجد
فى بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وهو قول زفر
والحسن بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول
الشافعى رحمه الله لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة
لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما
حتى يدخل على البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزء منها فالجرح فى الام
ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما فى الصيد وله انه اصل فى الحيوة حتى يتصور حيوته
بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه
ويصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى وما هو المقصود من الذكوة وهو الميز بين اللحم
والدم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا فى حقه
بخلاف الجرح فى الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر
وانما يدخل فى البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل
من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز
اكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطير لان النبى عليه السلام نهى عن اكل
كل ذى مخلب من الطير وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين
فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهايم لا كل ما له مخلب وناب والسبع كل
مختطف منتهب جارح قاتل عادى عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بنى ادم كيلا
يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون
الحديث حجة على الشافعى رحمه الله فى اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس
من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف ولا باس بغراب الزرع
لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذى ياكل الجيف وكذا الغداف
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابى يوسف
رحمه الله انه يكره لان غالب اكله الجيف ويكره اكل الضبع والضب والسلحفات
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبى عليه السلام
نهى عايشة رضى الله عنها عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى
اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفات من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم
بقتله شئ وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها ولا يجوز اكل لحم الحمر
الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه نهى عن لحوم الخيل والبغال
والحمير وعن على رضى الله عنه ان النبى عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابى حنيفة رحمه الله وهو قول مالك رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا باس باكله لحديث جابر بن عبد الله رضى الله عنه انه
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن فى لحم الخيل يوم خيبر
ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج
الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها
ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم فى الغنيمة ولان
فى اباحته تقليل آلة الجهاد وجابر رضى الله عنه معارض بحديث خالد رضى الله عنه
والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه والاول اصح
واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس

باكل الارنب لان النبي السلام اكل منه حين اهدى اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل
منه ولانه ليس من السباع فاشبه الضبي قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر
لحمه وجلده الا الادمي والخنزير فان الذكوة لا يعمل فيهما الادمي لحرمته والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكوة لا تؤثر في جميع ذلك لانه
لا يؤثر في اباحة اللحم وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار
كذبيحة المجوسي ولنا ان الذكوة مؤثر في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي
النجاسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود
في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما طهر
لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع
في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء
الا السمك وقال مالك وجماعة من اهل العلم رحمهم الله باطلاق جميع ما في البحر
واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك
كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل
وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء
اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ
فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو
مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك
لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما
الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله
لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى
جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه
الماء فكلوا وما طفى فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة
البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا باس باكل

الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك لا يحل الجراد
الا ان يقطع الاخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله
جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سايره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي
الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كل كله وهذا
عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من
غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا
مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب
عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف المبرز عليها منها اذا قطع
بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا
فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه
وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله
واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول
الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ رحمهم الله الاختلاف
وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا
والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر
لانهما لا يختلفان في الوظايف المالية كالزكوة فصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله
عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق
بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن
بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود
ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها
فيفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله اعلم
ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة يقام في رجب على ما قيل وانما
اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا يتأدى الا بالملك والمالك هو الحر

وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا وباليسار لما روينا من اشتراط السعة
ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مرّ في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى
لانها مختصة به وسنبيّن مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في
الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة
الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وروى عنه انه لا يجب عن ولده
وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه
وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا يجب على الغير
بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان
للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف
في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير لان القربة
تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان
يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه
قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس
ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو
ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة
عن سبعة وبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة
او ستة او ثلثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعن من دونهم اولى
ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل
من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى
وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل
بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام عن كل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة
قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى عن كل مسلم في
كل عام اضحاة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة
الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه

موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا
بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزأه استحسانا
وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك
هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت
البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن
لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد
عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك
بعد الشراء لما بينا وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما
كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية
ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح
حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه
السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه
واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة
ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد
ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي
ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفي الجواز بعد
الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي
في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا
اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه
الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب
فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها
لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد
ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم
وكذلك على هذا عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم
النحر ويومان بعده وقال الشافعي رحمه الله ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام

ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم
انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدى
الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها
كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح
في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام
التشريق ثلاثة والكل يمضي باربعة اولها نحر واخرها تشريق لا غير والمتوسطان
نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة
اوسنة والتصدق تطوع محض فيفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة
يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الصلوة والطواف في حق الافاقي ولو
لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه اوكان فقيرا تصدق بها حية
وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى اولم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب
على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له
عن العهدة كالجمعة يقضي بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية ولا يضحى
بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام
لا يجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة
البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى ولا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن
لقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتها واما الذنب
فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن ولا التي ذهب اكثر ذنبها واذنها وان بقي
اكثر الذنب والاذن جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير
لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار
الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب والاذن او العين او الالية
الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث ينفذ فيه الوصية عن غير رضى
الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع
لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام
في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي

الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار
الفقيه ابو الليث رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي ابا حنيفة
رحمه الله فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع عنه الى قول ابي يوسف رحمه الله وقيل قولي
قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن
ابي يوسف رحمه الله ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد
المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا
حتى اذا راه من مكان اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها
العلف قليلا قليلا حتى اذا راه من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما
فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف ويجوز ان يضحى بالجماء
وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا
والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين املحين
موجوئين [يعني الخصي] والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت لانه لا يخل بالمقصود اما
اذا كانت لا تعتلف لا يجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد
ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص
واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها عن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر في الاسنان
الكثرة والقلة وعنه انه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود
والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز لان هذا لان مقطوع اكثر الاذن
اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة
وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها
وان كان فقيرا يجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين
به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما
في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها
اخرى ولا شيء على الفقير وان ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى
في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت
وانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله

لان حالة الذبح ومقدماته يلحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت
في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رحمه الله خلافا
لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح والاضحية من الابل والبقر والغنم
لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من اصحابه
رضوان الله تعالى عليهم اجمعين يجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان
الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع
من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا اذا كانت
عظيمة بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان
ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني
منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل
في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها
هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد واذا اشترى سبعة
بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر فقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم
وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه
ان البقر يجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت
جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد
هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي
عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني
ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى
في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسانا والقياس
لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره
كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق
لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز
لما بينا انه قربة وامات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم
لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال

وياكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام
كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني
جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة
الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر
فانقسم عليها اثلاثا ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منها آلة تستعمل في البيت
كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به
ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم
حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا
بالبيع بالدراهم والمعنى انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح
فلو باع اللحم والجلد بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان
القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد
كراهية البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار منها
لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار
منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف الاضحية
وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح
لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف
والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح فان كان لا يحسن الذبح فالافضل
ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام
لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها
كل ذنب ويكره ان يذبح الكتابي لانه عمل هو قربة وانه ليس من اهلها ولو امره
فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي
لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما
اضحية الاخر اجزاه عنهما استحسانا واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه
لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر
رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس

انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان
تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحى بها بعينها فى ايام النحر
ويكره ان يبدلها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له
دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها العوارض فصار كما
اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها
بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا
لما عينه وكونه معجلا فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية
وهى ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت
كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم فى القدر والقدر على الكانون
والحطب تحته او جعل الحنطة فى الدولق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها
الى نفسه او حمل على دابته فسقط فى الطريق فاوقد هو النار فيه وطبخه او ساق
الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته
لا يكون ضامنا فى هذه الفصول استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا
نقول فى مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير امره صريحا فهى خلافية
زفر رحمه الله بعينها ويتاتى فيه القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد
مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم
علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه فى الابتداء يجوز وان
كان غنيا فكذا له ان يحلله فى الابتداء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن
صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته
وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره
كان الحكم ما ذكرنا ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها
بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك
له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضى الله عنه تكلموا
فى معنى المكروه والمروى عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه
نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله تعالى
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول

فصل فى الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال الابل وتاويل قول ابى يوسف رحمه الله انه لا بأس بها
للتداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن
متولد من اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان و
التطيب فى انية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام فى الذى
يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم واتى ابو هريرة بشراب
فى اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت
هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه ولانه تشبه بزى المشركين
وتنعم بتنعم المترفين وقال فى الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه
الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال
بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمراة وغيرهما لما ذكرنا
ولا بأس باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعى
رحمه الله يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه
ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة ويجوز المفضض عند ابى حنيفة رحمه الله
والركوب فى السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير المفضض
اذا كان يتقى موضع الفضة ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى
الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف رحمه الله يكره ذلك
وقول محمد يروى مع ابى حنيفة ويروى مع ابى يوسف رحمهم الله وعلى هذا الخلاف الاناء
المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا جعل فى السيف والمسجد وحلقة
المراة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر
اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف
فيما يخلص فاما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من
الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابى
حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير

والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا مجوسيا
اوخادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله
لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد
حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع وان كان غير ذلك لم يسعه ان
ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه قبل قوله في الحل اولى
ان يقبل في الحرمة ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي
لان هذا الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود
على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي
الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه
ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا
قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل
ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرط
زايد يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما
حرا او عبدا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع
المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل
لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات
لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول
قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية
هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر
والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات
ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم
مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر
رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة
يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو

كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا
جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا
لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتعريفات ذكرناها في كفاية المنتهى قال
ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا باس بان يقعد وياكل
وقال ابو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال
عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به
من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر
على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتديا فان كان مقتديا ولم يقدر
على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين
والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير مقتديا ولو كان ذلك
على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتداء لقوله تعالى فلا تقعد بعد
الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر
لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت
المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة
رحمه الله لان الابتلاء بالمحرم **فصل في اللبس** قال لا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما
يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل للنساء لحديث اخر وهو ما رواه عدة
من الصحابة فيهم علي رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه
حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى
حل لاناثهم الا ان القليل عفو مقدار ثلثة اصابع او ربع كالاعلام والمكفوف
بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلثة او
اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال
ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره وقال في الجامع
ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رحمهما الله وانما ذكره القدوري وغيره
من المشايخ رحمهم الله وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما

العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي
الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي عن النبي عليه السلام انه جلس على مرفقة
حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنه مرفقة حرير ولان القليل
من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه
نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما
لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان
فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه
ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط
وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه
محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالخز
والقطن في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز
مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة
دون السدى وقال ابو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة
ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال
وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره
لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب
لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف
من الفضة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت
عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير
ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى
رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة
الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس
من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق
الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا
وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان

الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى
وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى
ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن
وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك
لعدم الحاجة اليه ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه
تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له ولا يشد الاسنان بالذهب ويشد بالفضة
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف
رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب
فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة
وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث
انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم
لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها
ويكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها
الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان
عن تكبر فصار كالتربع في الجلوس ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط
للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم **بيت**
لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم ۰ وقد روي ان النبي عليه السلام
امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند
النسيان والله اعلم

فصل في النظر والوطء واللمس

قال لا يجوز
ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها كقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد
موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء
الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك
وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يباح

لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعها
ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى
وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة
صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن
المحرم وقوله لا يامن يدل على انه يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه
ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام
الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام
من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت
شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام
خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان
مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر
عجوزا لتمرضه فكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها
لما قلنا فان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة
اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة ويجوز للقاضي
اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان
خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة
ولكن ينبغي ان يقصد بها اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما
يمكنه التحرز وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح
والاصح انه لا يباح لانها يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن
اراد ان يتزوج امراة فلا بأس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام
فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء
الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم
امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اخف فان لم يقدر يستر كل عضو منها
سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر
بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل ان ينظر الى موضع الاحتقان

من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا الهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف
رحمه الله لانه امارة المرض قال وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا الى
ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته
ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا
لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله
والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا
لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر
بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال
الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهم سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال
عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ
والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف
منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق
وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من
الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل
الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر الى
ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل
الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان
في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها
ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم
ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة فهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة
موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه
حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم
اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل
ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل
وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر

المراءة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال
يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال
وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر
الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك
الا من امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر
اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث
النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ
في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس
والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه
قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة
وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل
ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة
ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمراة في بيتها في ثياب
مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما يشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا يكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة
بينه وبينها على التأبيد نسبا كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه
وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصل لما بينا قال ولا بأس ان يمس
ما جاز ان ينظر اليها منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية
بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة
الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام
العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات
المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر
المراة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام
الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما

فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها
وبطنها دون ما تحتها اذا امنا الشهوة فان خاف على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا
فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها
يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه
بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز منه ان ينظر اليه من ذوات
محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها
خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر
رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله
انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة
فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق
الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها
والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب
والانزال اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة
ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر واطلق
ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة
وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع
وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت
الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها
عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهى وتجامع فهي كالبالغة لا تعرض في
ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل
لقول عائشة رضي الله عنها مثله فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا
المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق
والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص
قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا ما جاز للاجنبي النظر اليه

منها وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم وهو احد قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى
او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه
فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة
لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا يغرنكم
سورة النور فانها نزلت في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير
اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا
باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا
للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة
بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح والله اعلم

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها
ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبريها والاصل فيه قوله
عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطاء الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى
حتى يستبرين بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية
وهو استحداث الملك واليد لانه الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف
عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك
عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب
على المشتري لا على البايع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده
دون البايع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن
من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا
فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى ساير اسباب الملك
كالشراء والهبة والوصية والخلع والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب المشتري من مال
الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطاء
لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب
عند توهم الشغل وكذا لا يجتزي بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي
حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها

قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم
لا يسبق السبب وكذا لا يجتزي بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت
في يد المشتري ولا بالحاصل قبل القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء
صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب
قد تم الان والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزي بالحيضة التي حاضتها بعد القبض
وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة
لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما
في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة او المواجرة
او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين
فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظاير كثيرة بيناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب
الاستبراء وحرم الوطي حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك
على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البايع بخلاف الحايض حيث لا يحرم الدواعي فيها
لانه لا يحتمل في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي
الى الوطي والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر
الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا يحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك
لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في
الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام
الحيض كما في المعتدة فاذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها
ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل تبين بشهرين او ثلثة
وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة
والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ولا باس
بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله وقد ذكرنا الوجهين
في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البايع لم يقربها في طهرها ذلك
وقول محمد رحمه الله فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها

قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري
قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب
وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان
حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب
المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر
حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام
وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر
عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك
ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع
نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة
منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى
غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا
لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت
ايمانهم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي
الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما
ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما
بشهوة او نظر الى فرجهما لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها
لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه
بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض
من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك
وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله
او نكاح اراد به النكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى
لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا
فيما ذكرنا بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه
او يعانقه وذكر الطحاوي رحمه الله ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف

رحمه الله لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا حين
قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة
وهي المعانقة والتقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا المعانقة في ازار واحد
اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس به بالاجماع وهو صحيح قال ولا باس بالمصافحة
لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع قال لا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة
وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع
فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع
المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط
لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال
ومن علم بجارية انها لرجل فراى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه
ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات
مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق
بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق
لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه
كاذب لا ينبغي ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم
يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها
منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه
وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها
الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان
كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه
معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك
مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة
من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي واذا كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم

بشترها حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان
مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم
يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغايب
مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا يدري
انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج
لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي
فلا بأس بان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت
بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول
وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر
ان اصل النكاح فاسد او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله
حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة
او اختك من الرضاعة لم تتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه
اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع
بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه
او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على
انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الاصل يدور الفرق ولو كانت جارية
صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر
فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف
ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب
الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه
الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري
فلا يحل له اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي
فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين
والبهايم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي اما اذا كان لا يضر
فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون

ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم
فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان
المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل
لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس
المتلقي على التجار سعر البلد فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص
الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة
او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف رحمه الله اعتبر
حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر المعهود
المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر فاذا طالت يكون احتكارا
مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقوله عليه السلام من احتكر
طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في
المأثم بين ان يتربص العسرة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة
في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمود قال
ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص
حقه فلم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك ان لا يبيع واما الثاني
فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب
الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه الله يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رحمه الله كل ما
يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق
العامة بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق
به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام
لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق ولان الثمن حق العاقد
فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة
على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت

اهله على اعتبار السعة فى ذلك وينهاه عن الاحتكار فاذا رفع اليه مرة اخرى
حبسه وعزره على ما يرى زجرا ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام
يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضى عن صيانة حقوق
المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأى والبصر فاذا فعل
ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر من ذلك اجازه القاضى وهذا ظاهر عند
ابى حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم
باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضى
على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف فى بيع مال المديون وقيل يبيع
بالاتفاق لان اباحنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال
ويكره بيع السلاح فى ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب
الى المعصية وقد بيناه فى السير وان كان لا يعرف من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه
يحتمل ان لا يستعمله فى الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير
ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح
فى ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار
او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله
وقالا لا ينبغى ان يكريه بشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على
منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل
المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون
من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير فى الامصار لظهور شعائر
الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا فى سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة
فاما فى سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح
قال ومن حمل لذمى خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابى حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان
النبى عليه السلام قال لعن الله فى الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية
فى شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث

محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة
ويكره بيع ارضها وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا
وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها
فصار كالبناء ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام مكة حرام لا يباع رباعها
ولا يورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى
لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا فى حق البيع بخلاف البناء
لانه خالص ملك البانى ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من اجر ارض مكة
فكانما اكل الربوا ولان اراضى مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
من احتاج اليها سكنها ومن استغنى اسكن ومن وضع درهما عند بقال فاخذ منه ما شاء
يكره له ذلك لانه ملكه قرضا وجر به نفعا وهو ان يأخذ به ما شاء حالا الا ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وينبغى ان يستودعه ثم يأخذ منه
ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شئ على الاخذ والله اعلم

مسائل متفرقه

قال ويكره التعشير والنقط فى المصحف لقول ابن
مسعود رضى الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفى التعشير والنقط
ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره
قالوا فى زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن
فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش
المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بان يدخل
اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعى رحمه الله يكره ذلك وقال مالك رحمه الله
يكره فى كل مسجد للشافعى رحمه الله قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها
والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله والتعليل بالنجاسة عام فينتظم
المساجد كلها ولنا ما روى ان النبى عليه السلام انزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار
ولان الخبث فى اعتقاده فلا يؤدى الى تلويث المسجد والاية محمولة على الحضور استيلاء
واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية قال ويكره استخدام

للصبيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثله محرمة
قال ولا باس باخصاء البهايم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة
البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما
لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لانه
نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وصح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره
قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسالك بمقعد العز من عرشك وللمسئلة
عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى
لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف
رحمه الله لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله لانه ماثور عن النبي عليه السلام
روي انه كان في دعائه اللهم اني اسالك بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة
من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة لكنا نقول هذا خبر
واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول الرجل في دعائه بحق فلان او بحق
انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج
والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار
وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه
لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب
بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله
ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير
ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام
ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر يسقط عدالته وان لم يقامر لا يسقط لانه
متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة
رحمه الله باسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة
دعوته واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان
وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان ان عليه
السلام قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت

مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا
ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من
ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال
ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والتصدق له واصل هذا
ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي
كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع
ونوع اخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة
الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان
في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون
الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا
يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح باب
مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر فصار بمنزلة الانفاق قال
ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز
للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو اجر الصبي
نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فتجب
المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل
في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه
وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده
لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة
لماله قال ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد
ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم
كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه
عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن
وفرض له ولانه محبوس بحق المسلمين فيكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال
وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة

وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء
طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه
اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا
فالافضل الامتناع رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن
الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم
تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة
لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في اخر السنة
والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل
استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال
نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان يسافر الامة وام
الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم
على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم

باب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي به
لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام
لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح
لم يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى
العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم
او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم
او ذمي لا يكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك
يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله
لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه
ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية
كذا ذكره الامام المعروف بخواهرزاده رحمه الله وشمس الائمة السرخسي رحمه الله اعتمد على
ما اختاره ابو يوسف رحمه الله ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه

لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة
فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة
رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رواه يحتمل
انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل
والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه
العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه
حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها غيره فقد قيل الثاني
احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح
ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة
فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة
من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها
لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملك الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم
لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان
فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم
يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها
فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا
للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء هو العمارة والتحجير للاعلام
سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي
غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس
للمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان
يتهيأ به اموره فيه وزمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها
من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه
تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق
الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير
قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من

السوك او حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها
من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين
وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احيا ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان
احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة
البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل
القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقتها او دليلها على ما بينا فلا يكون
مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنا بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها قال ومن حفر بئرا
في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير
اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا
لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل
الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الارض رخوة ويتحول الماء
الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة
رحمه الله اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر
العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير
دابته للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد
من التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده
من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في
موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه
ولانه قد يستقى من العطن بالناضح وبالبد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير
حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا
ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين يستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري
فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع فيه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة
والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن

والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما
ذكرنا في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني
فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت
حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس
لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه
تبرعا ولو اراد احد الثاني فيه قيل يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة
يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا
هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف رحمه الله وذكر طريق معرفة
النقصان وما عطب في الاولى فالضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر
وكذا اذا كانت بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجرا وهو
يستبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يمكنه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان
لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء
البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة
دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد
رحمه الله انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر
الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على
الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمس مائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات
لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره
ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات
او الدجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان
كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر
الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره
فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا
نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع

الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين
ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه
على ما ذكرنا وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع
بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر
الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب
اليد وبعدم استحقاقه يعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى
وان كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك
صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث
صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا
في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو
اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء
انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء
عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر جذوع عليه
لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة وللآخر
خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله ليست المسناة في يد احدهما
معناه ليس لاحدهما غرس عليه ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظة موضع الخلاف اما اذا
كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى
من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الخلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده
وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل لصاحب النهر
ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وقال
الفقيه ابو جعفر الهندواني رحمه الله اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند
ابي يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رحمه الله مقدار بطن
النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا
من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار
ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وحق سقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا
منها الى ارضه لا يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء
فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون
ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيا واحد
ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون في ملك احد لانها مباح
في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره فان كان يضر بالعامة ليس له ذلك لان دفع الضرر
عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسر ضفته فيغرق القرى والاراضي
وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم
فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلأ
والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر
ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكسر في ارضه ولان في ابقاء
الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه
وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان
لاهل الارض ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا
ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني فانه صار مملوكا له بالاحراز
وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل
وهو ما رويناه حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده
ولو كانت البئر او العين او الحوض في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول
في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك احد ولو كان لا يجد
يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر
ضفته وهذا عن الطحاوي رحمه الله وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له
اما اذا احتفرها في ارض موات ليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء
حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منع عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره
العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في

البئر مباح غير مملوك بخلاف المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير سلاح لانه قد ملكه
وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح
بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء
كله بان كان نجدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا
يمنع منه لان الابل لا ترد ها في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب
وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا
الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي
الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا وخضرا في داره حملا بجراره له ذلك
في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه
ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك
لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شركة
صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسبيل
فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك واعاره فلا باس به لانه حقه
ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه **فصل في كرى الانهار**
الانهار ثلث نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه
ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة
وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة
الخراج والجزية دون العشر والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوايب
فان لم يكن في بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها
بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان
يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقون بانفسهم واما الثاني فكريه على
اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة يعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن
ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الابي خاص
ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر

عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الابي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى
لانه معلوم واما الثالث فهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر
الابي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم
بالرجوع على الابي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم
ولا جبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا
جاوز ارض رجل دفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليهم جميعا من اوله
الى اخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى
تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب
الاعلى فلا تلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على
سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انه انما يرفع عنه
اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول
اصح له لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله واذا جاوز الكرى ارضه حتى
سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل له
ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة كرى الكرى شئ
لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى والاختلاف
والتصرف فيه** ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون
الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى
واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه
ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم
يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا
النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له باثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه
وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب والممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها
نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر
اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود
التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط فان كان الاعلى منهم لا يشرب

حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته
او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا امكن
من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس
لاحدهم ان يكرى منها نهرا او ينصب عليه رحا ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر
ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحا لا يضر بالنهر ولا بالماء
ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره
ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير سننه الذي كان يجري عليه
والدالية والسانية نظير الرحا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص
بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان
يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك
ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا
ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر
ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان
يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء
بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء
في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم
يكن فيه تغيير موقع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم
بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم
ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر
الاعظم لان لكل منهم ان يشق منه نهرا ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى
وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا
تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى
حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى
تنشف بعض الماء قبل ان تسقى الاخرى وهو طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا
الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى

من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه
كيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة
بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب
الاسفل ان ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب
بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة
والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى
لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطل العقود فالوصية باطل وكذا لا يصلح مسمى
في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حيث يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاوت
الجهالة ولا يصلح بدل عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين
صاحبه بدون ارضه بعد موته كما في حال حيوته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضم
الى ارض لا شرب له فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه
فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير
شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين
واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها
او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها

قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهو عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير
ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة
مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو
المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله كل مسكر
خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه
مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة
فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي
في غيره ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم

خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما
ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله والثاني
اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم
وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط
القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ يتميز
به الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل
وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها
حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان
السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود
الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان
النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا
من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف ساير المطعومات
ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى ساير المسكرات والشافعي رحمه الله
يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل
في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجس نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس
سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى
لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها
حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل
اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون
ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في
بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب لا يستوفيه لان
بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه
واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها

لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان
عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع
من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان
الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر
واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق
والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي رحمه الله انه مباح وهو قول بعض
المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه
الفساق فيحرم شربه للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء
التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله رحمه الله انه مباح لقوله تعالى
وتتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع
الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت
الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون
رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى
فيه خلاف الاوزاعي رحمه الله وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون
حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر
قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة
في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن
متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية
بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها
بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب
بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة
فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما

يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد
شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النايم ومن ذهب عقله
بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه كما في ساير
الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة يبقى
بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله
الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ
يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد ولا يحمض ووجهه ان بقاوه هذه المدة من غير ان يحمض
دلالة قوته وشدته فكان اية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو
حنيفة رحمه الله اعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم
السكر منه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله
فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وفي المختصر قال ونبيذ التمر والزبيب
اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره
من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي
رحمهما الله حرام والكلام فيه كالمثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى ولا باس بالخليطين
لما روي عن ابن زياد وقال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت
اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان
مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى
عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء
قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو لقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ
فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف
ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل
قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل
وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على ساير الاشربة بل فوق ذلك

وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند
ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه لا يحل لان كراهة لحمه
لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه وعصير العنب اذا طبخ حتى
ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد ومالك والشافعي رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به
التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه
لهم في اثبات الحرمة كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى
انه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون
حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها
وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد
هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير
فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول
غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء
بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ ادنى طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده
الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى ذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا
للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى
بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ
وهو الاصح لان العصير قايم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب
والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير
العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع
التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما انقع
فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب
في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط
وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت

لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف
لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا
له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر
عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل ثلاثا
ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله يملاء الاناء
ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته واذا تخللت الخمر حلت
سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رحمه الله يكره
التخليل ولا يحل الخل الحاصل به اذا كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء
شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر
بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد
ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح
وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه
الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز ما يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل
لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر
ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء
الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي بها جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقي
ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل
الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي
في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد
شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزء من الخمر
ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير
الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب الماء
عليه بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا
يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد

عليه ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر
فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد
يجعل كان لم يكن ويعتبر ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ
فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي
يذهب زبدا هو العصير او ماء يمازجه واياما كان نجعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها
ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا
لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان
الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا
تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي
ماء وعصير فصار كما صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق
من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير
وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل
قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل
آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان
فالسبيل فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم يقسمه على ما بقي بعد
ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال
عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث
وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب
بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان
فعرفت ان الحلال مما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر
اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى
واذا احللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه
السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل

فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب
وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف وكان مباحا
بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني
في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب
المعلم والفهد والبازي وساير الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي
ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك
ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل
والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك
الاسد والدب لانهما يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم
الحداءة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد
من التعلم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال
ولانه انما يصير اله بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه
وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته
وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب
يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش
متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه
ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا
تركه ثلثا دل ذلك على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء
الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة
على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه هو الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة
رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم حتى يغلب على ظن الصايد انه معلم ولا يقدر
بالثلث لان المقادير لا يعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به
كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل

لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب
جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله اية تعليمه عنده فكان هذا صيد
جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك
بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله
فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه ولان
الكلب والبازي اله والذبح لا يحصل بمجرد الالة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال
فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا
على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبايح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكوة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الالة
اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح
اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي
وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رحمه الله لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه
ما قلنا فان اكل الكلب او الفهد لم يوكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة
التعليم وهو مويد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي
رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما اكله الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها
ثم اكل من صيد لا يوكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما
على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها
لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة
فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل
على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض
باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل
وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه اية جهله من الابتداء لان
الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل
حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر
من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يوكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب

اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد
عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له
ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم
يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل
منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس
شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية
ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه
لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله
ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من
نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف
الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش
البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه
فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل
على جهله وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات
لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ
المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما
اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر
الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه
لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال وجه الظاهر انه قدر
اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه
لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر
الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه
ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت
ليس بمذبح وفصل بعضهم تفصيلا وهو انه لم يتمكن لفقد الالة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق
الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل

حكم ذكوة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم
وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء
بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده
حيا فلا يحل الا بذكوة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي
ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة
والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينه وعليه الفتوى لقوله تعالى
الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله اذا كان بحال لا يعيش
مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح
يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان وقت
لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل
لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كان فيه حيوة
مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة
رحمه الله ذكوته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل
كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه اخذ بغير ارسال
مختص بالارسال ولنا انه شرط غير مقيد لانه مقصوده حصول الصيد ولا يقدر على
الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد
كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان
الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه
تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني يصير مذبوحا بفعل
غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة
يحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله لم يؤكل
لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذلك الكلب اذا
اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ اخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا
جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب
اخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد اخر فقتله لا يؤكل الثاني

لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما يمكث ساعة للكمين لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط في ظاهر الرواية على ما ذكرنا وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة ووجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصا واحتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت الحل وكل من لا يجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على

صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول يرجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا يثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه الوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكوة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعيينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فيشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بيناه وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوههما والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده ثانيا واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد

اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب اخر
قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره
ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان
التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى
عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل
لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال
الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع
على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص
ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد من ذلك قوله
عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري
ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه
وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل
ان سبب الحل والحرمة اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة
احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب
الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه
وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى على الارض او رماه فوقع على رمح
منصوبة او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حدة هذه الاشياء قتله ومما
لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر
بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء
وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه
الحاكم الشهيد رحمه الله وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة
رحمه الله على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم
يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان كان
الطير مائيا وان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع في الماء
وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل

وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما قدمنا
ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا
لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة
لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان
الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة
حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل له لانه قتله دقا وكذا ان رماه بها فابان رأسه او قطع
اوداجه لان العروق ينقطع بثقل الحجر كما ينقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات
قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا
اللهم الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح
والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا
واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح
او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان
اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء
ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند
بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او
غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج
فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كان صغيرة لا بد
من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل
فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف صيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض
ما ذكرناه واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال
الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكوة الاضطرار فيحل المبان والمبان
منه كما ابين الرأس بذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكوة ولنا قوله عليه
السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان
بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته
بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم

وقوله ابين بالذكوة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح فى الباقى وعند زواله لا نظهر فى المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى فى المبان منه حيوة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلى القوايم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة فى الباقى ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلى العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميته حلال بالحديث الذى رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفاء ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة ساير اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقى منه متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى قال ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثنى لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه فى الذبايح ولا بد منها فى اباحة الصيد بخلاف النصرانى او اليهودى لانه من اهل الذكوة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثانى لانه هو الآخذ وقال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمى الثانى اما اذا كان الرمى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمى الثانى لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه بقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابى يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثانى ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمى اتلف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمى المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف يعتبر يوم الاتلاف قال رضى الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثانى بحال لم يسلم منه الصيد ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل بالجراحتين او لا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك غيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكوة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم ٭ صيد الملوك ارانب وثعالب ٭ فاذا ركبت فصيدى الابطال ٭ ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشئ باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روى انه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض

قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط
اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص
بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه
والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن
لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية
وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه
قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب
للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البايع الى المشتري
وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم
العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه
وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال
واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رحمه الله هي امانة في يده ولا يسقط
شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه
غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط
الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط
بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ان الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة
ولنا قوله عليه السلام للمرتهن ما بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه
السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك
الرهن واجماع الصحابة على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في الكيفية والقول بالامانة
خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير
مملوكا له كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو
ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدايم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة
وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام
الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو
ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود ومخافة جحود

المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته
او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد يتقرر بالهلاك
فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفا
بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه ولانه لا يتصور
والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن
في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرى اذا اشتراه
المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد
الاستيفاء وهذا الحق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة
فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه
وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين هذين عدة
من المسائل المختلف بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع
عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع
منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وستاتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء
الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفا
والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان
المضمونة بانفسها كما في الغصب فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب
الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا
لا يصح الكفالة به ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض
السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح
كما في الكفالة ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين
سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كان قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان
المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين فان كانت اقل سقط من الدين
بقدرها ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله
الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين

الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان
الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة
اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما لان
يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء
والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان
والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عن علي رضي الله عنه انه قال المرتهن
امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان
حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء
الظلم واذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا
طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز
ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك
في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه
كما يتعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم
الثمن اولا فان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن
مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب يعني حضر لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد
فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع
وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب
عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر
ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق
الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على
الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع
بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل
مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فيرجع الحقوق
اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال
الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الرهن لقيامه مقام العين

وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطاء حتى لو قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث
سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن
فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما
تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودع
غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث
وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب
وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن
على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب
العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال
هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى
المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال
وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين من ثمنه لان حكمه
الحبس الدائم الى ان يقضى الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه
زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن
ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء
فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في
يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن
لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع
وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية
الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فاذا فعل كان متعديا ولا يبطل عقد
الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه
الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان
عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن

وهل يضمن الثانى فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة واذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدى ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه واجرة الراعى فى معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن وهذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رحمه الله ان كرا المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها يجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على

المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف الاستحقاق واما ما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضى رجع عليه كان صاحبه امر به لان ولاية القاضى عامة وعن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضى وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعى رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما ينبنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثانى وهو ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وبالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارى يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن ابى يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل فى الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم

بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض
المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجر جايز لان الشجر اسم للنابت
فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم
للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز
لان هذه مجاورة وهي لا يمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به
فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جايز فلا ضرورة الى
ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه
ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا
في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية ولو رهن الدار بما فيها
جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا
بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن ومتاعه
في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل
عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون
رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في الدار او وعاء
دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع
السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة
بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات
كالودايع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون
فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح
بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك
العين لم يضمن البايع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن فاما الاعيان
المضمونة بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل
الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان
قايما وجب تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال
والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جايزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء

قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة لالتزام المطالبة
والتزام الافعال يصح مضافا الى المال كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة
بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة
لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك
هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته
لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح
على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال
ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز
لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود
ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون
على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك
ذهب بغير شيء لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس
مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض
حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن
بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم
ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله
فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ
يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع
واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك
المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه
ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن
الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء
من هولاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس
وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطا
لان الاستيفاء من الارش ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري

ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء
ولا باجر النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لم يقابله شيء مضمون ولا يجوز
للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم
ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا
لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في
حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز رهنه وارتهانه فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين
المسلمين قال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر
العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا
وكذا لو قتل عبدا ورهن بقيمته عبدا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا
صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن
ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب
ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه
لان قيام يد المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة
تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله
انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر
وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال
وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه
بماله وكذا لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل هذه
المسئلة البيع فان الاب والوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة
ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله لا يقع المقاصة وكذلك الوكيل بالبيع
والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او
من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة
شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه
فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم

بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما
في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه
الصغير ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن لنفسه بخلاف ابنه الكبير
وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء
لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته
وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء
للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم
فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير
فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ
تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه
الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء حقه فاشبه معير الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو
رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن
الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذا الوصي وكذا الجد اب
الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه
وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن
وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة
الصبي والحكم فيه هذا على ما بيناه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به
ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره
لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو
غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته
لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه
فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على
اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته
اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه

عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين من الدين الى المرتهن
والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه صار ضامنا للمرتهن بتفويت حقه
المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه فلو انه
غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير
لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدي وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم وهذا
قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب والوصي بغصب مال اليتيم لا يلزمه شيء لانه لا يتصور
غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن باخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعدي بل هو عامل له واذا كان لم يحل
يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع على الصبي بذلك
لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق
الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا
في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف
جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة
فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب
في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة
وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كان
اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه
من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين
بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة
في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به
وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان
لانه لا بد من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين
يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت
ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا رحمه الله

فيهما مع ابي حنيفة رضي الله عنه وفي هذا مع ابي يوسف رحمه الله والفرق لمحمد ان
قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض
الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو
انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه ان يذهب شيء من الدين لانه
يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر
فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه
ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رحمه الله ان شاء
افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا بحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا
لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع
فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون
مضمونا بالقيمة ثم يقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي
فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه
ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا
بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رحمه الله انه يعتبر حالة الانكسار بحالة
الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه
اثنى عشر عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن
عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان
كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال
ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون
خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شايعا ويكون مع قيمة
خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده يعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة
الوزن كان وزنه اثنى عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كان لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن
اعتبارها وفي بيان قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات

مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشترى شيئا بعينه جاز استحسانا
والقياس ان لا يجوز على هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا
حاضرا فى المجلس فقيل وجه القياس انه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه ولانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط
ملايم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل
حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملايم فصح العقد واذا لم يكن الرهن
ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح فلو امتنع المشترى
عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط فى البيع صار
حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد
تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر فى التبرعات ولكن البايع بالخيار ان شاء رضى
بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضى الا به فيتخير بفواته
الا ان يدفع المشترى الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد
الاستيفاء يثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال
للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن
وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة فى العقود للمعانى حتى كانت الكفالة بشرط
براءة الاصيل حوالة والحوالة فى ضد ذلك كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله
عن ابى يوسف رحمه الله لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثانى اقلهما
فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد
عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن

فصل

ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدى باقى الدين
وحصة كل واحد بالحصة اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين
فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع فى يد البايع
فان سمى لكل من اعيان الرهن شيئا من المال الذى رهنه به فكذلك الجواب فى رواية الاصل
وفى الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق
بتفرق التسمية كما فى البيع وجه الثانى انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير

مشروطا فى الاخر الا ترى انه لو قبل الرهن فى احدهما جاز قال ومن رهن عينا
واحدا عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما
لان الرهن اضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته
محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا
بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابى حنيفة رحمه الله قال فان تهايئا فكل
واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الاخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته
لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما لا يتجزى
قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا فى يد الاخر لان جميع العين رهن فى يد كل
واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال
وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جايز والرهن رهن بكل الدين
وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفى جميع الدين لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع
فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه
فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت بينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل
واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك
فى حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل
واحد منهما بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال
ان يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذ جهل التاريخ بينهما وجعل فى كتاب الشهادات
هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما
اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس
يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه
وان كان قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ بقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان
الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد فى ايديهما فاقام كل واحد منهما
البينة على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما رهنا نصفه يبيعه بحقه استحسانا وهو
قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى القياس هذا باطل وهو قول ابى يوسف رحمه الله
لان الحبس للاستيفاء حكم اصلى بعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن

وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاما البينة تهاترت في حالة الحيوة وتقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه لا يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نايب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الرهن الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما وقع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالم له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قايما في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذا ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جايزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله

لم ينعزل لانه لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعدما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن غايبا اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رحمه الله ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قايم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام

البيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه
من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن
وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لحما ودما قال ــــ واذا باع
العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء
ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره
وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قايما ففي الوجه الاول
المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل
لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البايع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع
على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وينفذ
البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن في
الثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه
فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن
راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه
في الوجه الثاني وهو ان يكون قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد
عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا
من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه
صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد
بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه
عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن
لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي
الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل
من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق

المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره
الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق
به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من
لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال ــــ وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم
استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد
في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان
فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة
فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان
فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت
لمن عليه قرار الضمان فتبين انه ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء
قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه انما يرجع عليه بسبب الغرور
والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل منه والملك
بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار
القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا
الكلام فيه في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال ــــ واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع
موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف
في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم
به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن
دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر
من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه
تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل
حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن
البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان
الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين

لاينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس
لايبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن
اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة
على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض
فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره
قبل ان يجيز المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف
لايمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او
رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن
ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حظ له
في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين
وحقه في مالية العين لا في المنفعة وكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع
الاول فوضح الفرق قال ــــــ فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال
الشافعي رحمه الله لاينفذ اذا كان المعتق معسرا لان تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه
البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لايبطل حقه معنى بالتضمين
وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة يبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى
ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد
المشتري قبل القبض او اعتق الآبق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام
المقتضي وعارض الرهن لاينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك
المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق عبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك
اليد فلما لم يمنع الاعلى لايمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام
القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لايلغو بل يؤخر الى اداء السعاية
عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان
الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة
بقدر الدين فلا فائدة فيه واذا كان الدين مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا
مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين

اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته
وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه
من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال
رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كانت الدين
اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو
مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه
يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى
في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب
السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط
الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الثابت للشريك الساكت فوجبت
السعاية ههنا في حالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا
اعتقه المشتري حيث لايسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى
لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لايملكه في الاخرة ولا يستوفى من عينه
وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري قبل القبض والمرتهن ينقلب حقه
ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية
فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لايجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك
عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره
باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حالة يملك التعلق فيه لقيام ملكه
فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ــــــ ولو دبره الراهن
صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لايمنع البيع على اصله ولو
كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو
ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ
لايصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي
ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين
لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لانت

كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر
الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا ه
من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين
اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر
بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد
قضى عليه بالسعاية اولم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه
وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولا قال وكذلك
لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن
في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه
فيأخذ القيمة ويكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد
ما قام مقامه والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه
خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار
الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض
لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر
عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير
وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه فاذا حل الدين
وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه
فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن فان نقصت عن الدين
بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة
وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته
يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف
وهو قيمته يوم التلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له
فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية فان هلك في يد الراهن هلك
بغير شئ لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق
الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن احق به

من ساير الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن
على كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا
بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل منهما
ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع
والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد
مبتداء ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق
بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم
فافترقا فاذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل
هلك عن ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية
ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد
الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار
من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جايز لانه متبرع باثبات ملك اليد
فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك
اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البايع والاطلاق واجب
الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا
لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو نفي الزيادة
لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه ونفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا
للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن والبلد
لان كل ذلك مفيد لتيسير البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة
والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه
وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فيتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن
ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه
بمقدار ما امر به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن
لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه

باله بهذا المقدار وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان
اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كان
قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لا يقع
الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما ضاربه موفيا لما بينا
ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى
دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر
المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص
ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن
قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على
ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين
الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار
اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا
فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى
لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه
من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام
ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء
ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق ويكون رهنا
عنده الى ان يقضي دينه فيردها الى المعير لان الاسترداد القيمة كاسترداد العين
ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم
رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن
لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك
اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير
صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة
بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده
يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر

وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن
على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك
كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه
فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها
عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها
ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى
عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما
هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية
على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا يرى انه
لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء
الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير المالك
فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو
دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه
بالجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه
التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب
التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا يعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء
لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من
الدين فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه
فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو
الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او ابن
المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن
رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل
وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على
الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان النقصان

السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا
في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفا
فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل
الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف
لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا
بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن
متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه لا يرجع على الراهن بشيء لان المرتهن يد الاستيفا
من الابتداء وبالهلاك يتقرر قيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من
الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا
المائة وبقي بتسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما
اذا مات من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا
قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه
فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه
ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هذا قال وان
قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم
العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن
يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره
ولاصحابنا على زفر رحمه الله ان العبد الثاني قايم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول
قايما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه
ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل
قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا
ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا
مع زفر رحمه الله وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان
جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ

وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو ان العبد تراجع
سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على الخلاف واذا
قتل العبد الرهن قتيلا خطاء فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك
التمليك ولو فدا طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء
لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن
ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن الفداء له لقيام حقه
فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء
فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك
وكذلك ان فدا لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد
الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء
لانه غير مضمون على المرتهن فاذا دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو
هلك في الابتداء وان فدا فهو رهن مع امه على حالها ولو استهلك العبد المرهون مالا
يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء
وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن
كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد
مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين
غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت
لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر
دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم اذا كان دين المرتهن قد حل اخذه به
لانه من جنس حقه وان لم يحل امسكه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع
بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت
فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة
العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون
والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على
الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه

الرضا به فان تشاحا فالقول للمرتهن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه
ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي اختاره الراهن ابطال حق المرتهن
وكذا في جناية ولد الرهن اذ قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع
لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن
فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره
ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه
ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي
عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو
ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان
سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان
نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء
وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع
كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي
ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في
الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا
امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا لا يتعذر
مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة
فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان
الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا
الوصية وان لم يكن اوصى نصب القاضي وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق
المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي
ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز
وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي
فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع لوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت

غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن
فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه
قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله
تعالى **فصل** قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار
خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ
المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل للبيع بقاء حتى ان
من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف
المبيع بمنزلة ما اذا تعيب قال ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ
جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي
بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ
جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا
من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو
مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل
لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط
لها مما يقابل الاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان
هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض
والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين
لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به لما ذكرنا وصور
المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع
والزيادات قال ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة قال الراهن للمرتهن
احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لما
الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر
ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت
في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة
سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل

المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان
مضمونا عليه فيكون له حصة من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا
اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال
ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير
الرهن رهنا به قال ابو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة
سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب
الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما
الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين
يوجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن يوجب الشيوع
في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز
وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود
عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق
باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة
في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة
الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول
يوم القبض الفا والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث وفي الاصل ثلثا الدين
اعتبارا للقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض
فيعتبر قيمة واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع
الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه
وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام
يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام
قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا يساوي
الفا بالف ثم اعطاه اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن
والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض

والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا
الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما
فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن
على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد
فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد فاخذها فان الجياد امانة
في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما
بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض
يرد العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابراء المرتهن الراهن عن الدين
او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله
لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين
بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير غاصبا اذ لم يبق له
ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق فابراته او وهبته او ارتدت
والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك
بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن
الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب
عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء
ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام
الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما
هو في نفسه قايم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء وكذا اذا
اشترى بالدين عينا وصالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن
المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء
بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه
ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان
لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون
الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال

القتل خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء وما اجرى مجرى الخطاء والقتل بسبب
والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال فالعمد ما يعمد ضربه بالسلاح او
ما اجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة والمروة المحددة والنار لان
العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا
فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم
الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال والقود
لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الاية الا انه يقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام
العمد قود اى موجبه ولان الجناية بها يتكامل وحكمة الزجر عليها يتوفر والعقوبة
المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق
لهم ثم هو واجب عينا وليس للولى اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولى الشافعى
رحمه الله الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك
فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد
شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة
ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء
زجرا وجبرا فيتعين وفى الخطاء وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن
بعدم قصد الولى بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا
وعند الشافعى يجب لان الحاجة الى التكفير فى امس منها اليه فى الخطاء فكان ادعى
الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفى الكفارة معنى العبادة فلا يناط بها ولان
الكفارة من المقادير وتعيينها فى الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه
حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابى حنيفة
رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
وهو قول الشافعى رحمه الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد
ان يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا لانه يتقاصر معنى القصدية باستعمال آلة صغيرة لا تقتل
لما انه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا انتقاص باستعمال الا لة
لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام

الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير
موضوع للقتل ولا مستعملة فيه اولا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه
يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط
والعصا الصغير قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد فى الضرب
والكفارة لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت
بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطاء ويجب فى ثلث سنين
لقضية عمر رضى الله عنه ويجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى
ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر فى سقوط القصاص دون
حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفنا
قال والخطاء على نوعين خطاء فى القصد وهو ان يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا
هو آدمى او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء فى الفعل وهو ان يرمى غرضا فيصيب
آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة
ودية مسلمة الى اهله وهى على العاقلة فى ثلاث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعنى
فى الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة
والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم
عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده
فاخطاء واصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد
الى بعض بدنه اذ جميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجرى مجرى الخطاء مثل
النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء فى الشرع واما القتل بسبب كحافر
البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة لانه
سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا من حيث الدية ولا كفارة فيه
ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعى رحمه الله يلحق بالخطاء فى احكامه لان الشرع
انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة والحق به فى حق الضمان فبقى فى حق
غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه
كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد فى النفس فهو عمد فيما

سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الالة وما دونها لا يختص بالة دون الة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد لتنتفي شبهة الاباحة ويتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولانه مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم وشرع القتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المستامن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمراة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قربت او بعدت لما بينا

ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيتحرز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل

لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح
عن النفس والاستيفاء والقصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب
الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة
الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانما يجب بعقده كما
يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك
العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان يملك الوصي
القصاص في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان
يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال
على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه والقاضي
بمنزلة الاب في الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته
فيه قال ـــ ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار
فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله
انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع
فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب
ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال ـــ ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه
بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله وهذا اذا اصابه بحد
الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للالة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح
على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود
فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص لا يهدر الدم ثم قيل
هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما
نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة
له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا

الا ان قتيل العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان
الموالاة قد يستعمل للتاديب ولعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول
الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقصاص فوجب الدية قال ـــ
ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه
من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الالة قاتلة فاستعمالها امارة
العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط
والعصا وفيه وفي كل خطاء ارش ولان الالة غير معدة للقتل ولا مستعمله فيه
لتعذر استعمالها فتمكنت الشبهة في العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه
يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمان ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني
عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل
نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومى اليه اضافته الى نفسه
فيه واذا امتنع القصاص وجب الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايات
في الكفارة قال ـــ ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص
لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال ـــ واذا التقى
الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه
الكفارة لان هذا احد نوعي الخطاء على ما بيناه والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب
الكفارة وكذا الدية على ما نطق به الكتاب ولما اختلف سيوف المسلمين على اليمان
ابي حذيفة رضي الله عنهما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا انما تجب
الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا يجب لسقوط عصمته بتكثير
سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ـــ ومن شج نفسه
وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان
فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر
في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يؤثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة رحمه الله يغسل
ويصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح سير الكبير ذكر

في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا
مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس
وكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بكل واحد ثلثة فيجب عليه ثلث الدية

فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام
من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فيسقط عصمته ببغيه ولانه
تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله في الجامع
الصغير لحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر
وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا
ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا
وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت
تلبث لكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير
المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا
لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال ومن شهر المجنون على غيره
سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رحمه الله لا شيء
عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان
في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دافعا عن نفسه
فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف
رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما
معتبر في الجملة حتى حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة
لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا
معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا
وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما لحقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل
بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب
القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره
سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه

فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال
ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله
عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا الاسترداد
في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل
قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة
فكل ما امكن رعايتها يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل
فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا يختلف بذلك قال
وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب
عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب
ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب يحمى له المرآة ويجعل
على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو ماثور عن جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن قصاص لقوله تعالى والسن بالسن
وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الاخر لان منفعة السن لا يتفاوت بالصغر
والكبر قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال
ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله
عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة
في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان لانه يبرد بالمبرد بخلاف السن
قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطاء لان شبه العمد يعود
الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لا يختلف اتلافه
باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطاء ولا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس
ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر
يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا
بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر

اصله بخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص
في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل
من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها لا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار
المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى
الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ
الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل
الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا
فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤنة قبل
اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء عليه عندنا لان حقه متعين في القصاص
وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص
او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى
قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني
الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين شاء وان
شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي
استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر
حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا
لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس
وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا يبلغ الى قفاء الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف
ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قطع من اصله يجب
لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة
او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله
او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة
اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع

بعضها لانه يتعذر اعتباره **فصل** واذا اصطلح القاتل واولياء
المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء الاية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل
له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بينا وهو الصلح بعينه ولانه
حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان
الاولياء القتيل واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه
ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا
مؤجلا لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف
الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى
العبد رجلا ان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان
عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض
سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص
حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين
لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام
امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث
حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن
فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى حكما بعد الموت كما في حق الارث او يثبت الموت
مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط
عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه
لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص
ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال
لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رحمه الله
يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر
بما اذا قطعت يده خطاء ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين

فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في السنين في الشرع ويجب
في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول
عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه (اي المعاونة) اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب
غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة
فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد وقتل له
سقط حق الباقين وقال الشافعي يقتل باولهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا
ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت
قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل
وهو القياس في الاصل الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لم يكن كذلك لما اوجب القصا ولانه وجد
من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص
شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب
عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد
الجاني ويتأتى خلاف الشافعي رحمه الله فيه اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع
رجلان يد رجل واحد عمداً فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي
رحمه الله يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكيناً وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد
منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزي فيضاف الى كل
واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق
الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره
الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد
الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يمنى رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا
منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معاً او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله
في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق
فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة

ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص
ملك الفعل يثبت مع المنافي ولا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو منه فلا يمنع
ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب
تستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان الحاضر
ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فتعين
حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقاً مستحقاً قال واذا اقر العبد بقتل العمد
لزمه القود وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار
كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقي على اصل
الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان
حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به قال ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه
الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطأ كأنه رمى الى صيد فاصاب آدمياً والفعل يتعدد بتعدد الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل ان تبرأ يده او قطعها عمداً
ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمداً فبرأت
ثم قتله عمداً فانه يؤخذ بالامرين جميعاً والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب
ما امكن تتميماً للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل
ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر
الجمع في هذه الفصول في الاوليين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء
وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطائين يجمع بالاجماع لامكان
الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل ان تبرأ يده فان شاء
الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما
وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او
لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز

فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا
خطائين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد
انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان
الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القتل والقطع قصاصا يجتمعان قال
ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ منه من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ
منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك
كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله
في مثله حكم عدل وعن محمد رحمه الله انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط
وجرحه وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر
في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك
فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو
عن النفس ثم ان كان خطاء فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا اذا عفا القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا
عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع
لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم
القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا
عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة وكذا هذا وله ان سبب
الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا
عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه
فكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان
تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري
نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث
كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف
العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع
خطاء فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك اطلاقه

الا انه ان كان خطاء فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب
العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة
ارضه اما الخطاء فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال
واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية
ان كان خطاء وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد
اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه
ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج
وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله لكن عن القصاص في الطرف في هذه
الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية ويجب في مالها
لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها
الدية يقع المقاصة ان كانا على السواء فان كان في الدية فضل رده على الورثة
وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وان كان القطع خطاء يكون هذا تزوجا على
ارش اليد واذا سرى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر
المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء في يدها ولا يتقاصان لان الدية يجب
العاقلة والخطاء والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على
الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص
وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير
ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط
اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطاء
يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك الميت وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج
من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه
الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث

يسقط وان لم يخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما
اذا ان وجّها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما
في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه
لانه تبيّن ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب
سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف انه يسقط
حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم
على القطع ظنا منه ان حقه فيه بعد السراية تبيّن انه في القود فلم يكن مبريا عنه بدون
العلم قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص
او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه
لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها
ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برا او ما عفا وما سرى او قطع ثم
حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه
ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة
وكان القياس انه يجب القصاص الا انه سقط بالشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا
سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا
حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او
الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى
لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء
حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء
فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف وهو الصحيح والاصابع وان كانت
تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس
من كل وجه قال ومن كان له قصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى
الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه
استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب
القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ

والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع
قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها
بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف
السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو
فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد **باب الشهادة في القتل**
ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه
يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان خطاء لم يعدها بالاجماع و
كذلك الدين يكون لابيهما على الاخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة
كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية
ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد
الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا يرى انه
يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال
كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات
ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل
البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر
سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكن اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب
الحاضر خصما عن الغائب وكذا عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا
لما بيناه قال فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على اخوانه قد عفا
فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى نفسهما مغنما وهو انقلاب
القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه
لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه
وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية معناه
اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على نفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا
انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان

دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان
سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية
للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب
فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي
ذلك القصاص على ما بينا والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت
بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا
انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان
او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يتكرر والقتل في زمان ومكان
غير القتل في زمان او في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد
والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال
احدهما قتله بالعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير
المقيد قال ولو شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا
والقياس ان لا يقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به
وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو
الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه واولو
كذبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت
الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة
قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله
ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي
قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود
كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني
من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي
وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب
تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد

رمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبريا للرامي
عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو
الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم
بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل
وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم
ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي
ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما
بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته
للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى
غير مرمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمهما الله له ان العتق قاطع للسراية
واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى
ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو
مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه
يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة
البداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات
فيه فلا يجب به الضمان فلا يتخالف البداية والنهاية فيجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله
وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه
قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم
فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي
صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ
بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكوة فيعتبر الاهلية
وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء
وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو تعديه
في حالة الاحرام وفي الاول وهو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة
وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص
ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل
المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم
لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئه ما في البطن لانه لم تعرف حياته وسلامته
قال وهو الكفارة في الخطاء لما تلونا ودية عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلثون
جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقول النبي
عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل
اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما
قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما
ذكرنا وهو كالمرفوع فتعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة
لان التوقيف فيه فان قضى بالدية غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ
يجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية
في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا
نحن بذلك والشافعي رحمه الله لروايته ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطاء
اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطي معذور
غير ان عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما
ذكرناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال
الشافعي رحمه الله من الورق اثنى عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه
السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية

بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت
كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان
لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على كل اهل مال منه وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم
المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل
عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة
على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع
الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد
ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال
الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا تتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه
والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل
وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها
وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله
دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك
رحمه الله دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر
نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عليه السلام
جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا
قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر
رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم تعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه
اشهر مما رواه مالك رحمه الله فانه ظهر به عمل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم
اجمعين

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال
وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن
المسيب ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية
وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه
والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا

في الادمي على الكمال يجب كل الدية لانه اتلاف النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف
من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها
في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال
الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع
المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة
مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة
وان كانت الالة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل
على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها
يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية
لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذلك الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي
والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق
عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة
كالتابعة لها قال ‍ـــــ وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك
اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان
كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة
واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال ‍ـــــ وفي اللحية اذا حلقت
فلم ينبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال ‍ـــــ وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال
مالك وهو قول الشافعي يجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا يحلق
شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب
في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويت على الكمال
فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه يتكلف
في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون
الجمال بخلاف الحر قال ‍ـــــ وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار
كبعض اطرافها ولحية الكوسج اذا كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقها

لان وجوده تشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا
لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال
الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا افسد المنبت فان نبتت حتى
استوت كما كانت لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان
نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيد جمالا وفي العبد
يجب حكومة العدل لانه ينقص قيمته وعندهما حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه
ولا يزينه ويستوي العمد والخطاء على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما
نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية
قال ‍ـــــ وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين
الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام قال ‍ـــــ وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه
النبي عليه السلام لعمرو بن الحزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احديهما نصف
الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال
فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال ‍ـــــ وفي
ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المراة لما بينا
بخلاف ثديي الرجال حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة والجمال
وفي حلمتي المراة الدية الكاملة لفوات منفعة جنس الارضاع واسمال اللبن وفي احديهما
نصفها لما بيناه قال ‍ـــــ وفي اشفار العينين الدية وفي احديها ربع الدية قال رضي الله عنه
يحتمل ان يكون مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة
وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهو منفعة
دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية
وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده
منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل
كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال ‍ـــــ وفي كل اصبع من اصابع اليدين
او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع

الكل بتفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فينقسم الدية عليها قال
والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة
فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي
فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشرة اصابع فينقسم الدية عليها اعشارا قال
وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان
ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية الاصابع قال وفي كل سن
خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن الابل
والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان
كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطاء فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال
ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب
ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع
ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه فوت جمالا على الكمال وهو
استواء القامة فلو زال الحدب لا شيء عليه لزواله لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم
والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي
تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في
اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس
والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة
وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي
فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام
قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق
القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها
لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب

القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك
غالبا فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق
استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش
مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز
رحمهما الله قال وفي الموضحة اذا كانت خطاء نصف عشر الدية وفي الهاشمة
عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة
ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر
وفي المنقلة خمس عشرة وفي الامة ويروى المأمومة ثلث الدية وقد قال عليه السلام
في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب
الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن
والاخرى من جانب الظهر وفي كل واحد ثلث الدية ولهذا وجب في النافذة ثلثا
الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم
فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة
يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما
لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج
تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب
على الحقيقة حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب
حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم
فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب
وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله
حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة
ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق
فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن وتفسير
حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان تقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه

الارش ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر
الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من
الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا
فكان في الخمس نصف الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين
الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف
وعنه انه ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب
في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع
ولهما ان اليد آلة البطش والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع
تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى
ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال فان قطع الكف من المفصل وفيها
اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل
القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار
احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع
حقيقة وشرعا لان البطش بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح
من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاث
اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر
حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع
الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك
السن الشاغية لما قلنا وعين الصبي ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته حكومة عدل
وقال الشافعي رحمه الله يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن
والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء الشاخصة المنفعة فاذا لم يعلم صحتها

لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن
الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذا لو استهل الصبي لانه
ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي
العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطاء
قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية
لان بفوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة
يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب
واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل
لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا
قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام
ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة
مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء
على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به
قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص
قالوا ينبغي ان يجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي
من الاصبع او اليد كلها فلا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان يجب الدية في المفصل
الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذا لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي
ان يجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور
واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه
منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في المحلين فيكون
جنايتين مبتداتين فالشبهة في احديهما لا يتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه
ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل
وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة

وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطاء في
البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين
على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص
في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى
وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة
الاولى وهي ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية
مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل
لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص
الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت [سرت] الى النفس وقد وقع الاول ظلما
ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها
ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة
ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين
فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش
في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث
نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رحمه الله
حكومة عدل للالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم
فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لم يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه
فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة
سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه
استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت
الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا
ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول
ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انه اخطأ فيه والاستيفاء كان بغير حق
الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستأنى حولا

ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا
قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا فهذا بخلاف ما اذا
شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة
فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر
فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رحمه الله يجب حكومة
الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط لكنها اسودت يجب الارش
في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا
يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر
ولو اصفر ففيه روايتان قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر
سقط الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رحمه الله
عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين وان زال فالالم حاصل ما زال فيجب تقويمه
وقال محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله
فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا
بعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة
سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثر
فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله
قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية
وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال
ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال
اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام
يستأنى في الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها
يسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص
فيه لشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال

وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه
الثمن في المبيع قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال
الشافعي رحمه الله يجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف
في الخاطي وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال
فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد
وهذا لان القياس يابى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقوم ثبت بالشرع وقد
ورد مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمد
قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته
لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة
قال وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها
خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى يجب الدية
في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص
فينسحب عليه حكمه الاخر وهو الوجوب في ماله ولهذا يجب الكفارة ويحرم عن الميراث
على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل
المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل
الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى
بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون
عديم العقل والصبي قاصر العقل فلا يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان
الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره
لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا
ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر
وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن
بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام
انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس
بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رحمهما الله وهي على

العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وقال مالك رحمه الله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه
السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام
دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة ويجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه
بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله
انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل
النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه
الاول من حيث التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث
الدية او اقل واكثر من نصف العشر يجب في السنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها
على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان
في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معنى الادمية ولا تفاوت في الجنينين فيقدر
بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا
بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها
وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج
الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين
وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رحمه الله
يجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما القته ميتا وهي حية ولنا ان
موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك
قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه
الضارب حتى لو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه
قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف
عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته ان كان انثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام
لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان
ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل
نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام

اعتبار الجنين البهايم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر
وصح الاعتبار على اصله فان ضربه فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات
ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق
وقد كان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون الدية ويجب قيمته حيا لانه صار
قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله
يجب قيمة ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما
ياتيك من بعد ان شاء الله قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
يجب لانه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة
وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان
يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل ويستغفر مما صنع
والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق
ما رويناه ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك
فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم
كنيفا او ميزابا او جرصنا (برج) او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس (اي احادهم) ان ينزعه لان كل واحد
صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك فان لكل واحد
حق النقض لو احدث غيرهم شيئا فكذا في حق المشترك قال ويسع للذي عمله
ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ
المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في
الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا
الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف
اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول
الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق
الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي الشركة حقيقة
وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان

فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب
الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه
انسان او عطب به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على احد فماتا فالضمان على الذي
احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه
في الحائط رجلا فقتله لا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان
اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة
لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة
ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع
وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا
الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة
وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع
لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع جمرا في الطريق فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد
ولو حركته الريح الى موضع اخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان
اليوم ريحا يضمنه لانه فعل مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر
رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل
فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا
لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم
فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا
لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه
فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة
وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل
ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك
فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق
به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن ولو
تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا

رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب
الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور
وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء
حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا ولو استاجر اجيرا ليبني له
في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الامر استحسانا ولو
كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال ومن حفر
بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلف
بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس
دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق
بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه
انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا منه انما قصد دفع الاذى
عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله
ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله
قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع الصغير
في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن
لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو
متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة
وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى
لا يختلف وكذلك ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له
ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر
فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة
فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا
او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه من معنى في نفسه والضمان انما يجب
اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر
ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله

هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما يحدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا منه
وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء اذا لم يعلموا
انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
وصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن
المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب والترجيح للمباشر فيضمن المامور
ويرجع للغرور وههنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير
غير متعد والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح
امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي
فيه من حق الحفر فحفروا فمات فيها انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد
الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه
مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب
وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل
اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب
فلا ضمان على الذي قنطره وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها
لان الاول تعديه هو تسبيب والثاني تعديه هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر
اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال
ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا اذا سقط
فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا
اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف
السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا
مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى
لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا او جعل فيه بواري
او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا
هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل
واحد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل

المسجد ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون
غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها
غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا
او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق
كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله قال
وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة
يضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة
القران او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه
مارا او قعد فيه للحديث فهو على الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الخلاف
وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الجماعة
الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة
في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة
وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للصلوة مباحا
مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا
اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي
في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة
فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة
بالجماعة وان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحايط المايل

واذا مال الحايط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه
واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال
والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل
البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه
الاستحسان ان الحايط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه
في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما
لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هنا

بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه
الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر
العام من الواجب وله تعلق بالحايط فيتعين لرفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل
لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس يجب فيه الدية وتتحملها العاقلة لان في كونه
جناية دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف بطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف
به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانه في ماله لان العواقل
لا تعقل الاموال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر
الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان
يقول اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل
ان يهن الحايط لانعدام التعدي ولو بنى الحايط مايلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف
بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح ويقبل شهادة رجل
وامرأتين على التقدم لان هذه ليست شهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على
نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالب بنقضه
مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد رجلا كان
او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ
فينفرد كل صاحب حق به قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار
خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة
بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها
او فعل ذلك ساكنوها فذلك جايز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم بخلاف ما
اذا مال الى الطريق واجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس
وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه
لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان
جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد
عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به
والاصل ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحايط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن

منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى
الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصى والى اب اليتيم او امه فى حايط الصبى
لقيام الولاية وذكر الام فى الزيادات والضمان فى مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى
المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض
له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى
لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح
التقدم الى احد الورثة فى نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحايط وحده لتمكنه
من اصلاح حصته بطريقه وهو المرافعة الى القاضى ولو سقط الحايط المايل على انسان
بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء
لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحايط
اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت
بسقوطه وهى ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى
ما لكها قال واذا كان الحايط بين خمسة نفر اشهد على احدهم فقتل انسانا
ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته قال وان كان دار بين ثلاثة نفر فحفر
احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضاء الشريكين الآخرين او بنا حايطا فعطب به انسان
فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية
على عاقلته فى الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب
من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر فى عقر الاسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان
اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك
يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة
علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل
لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة ما اصابت بيدها او برجلها او برأسها او كدمت
او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور فى
طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره
من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر
من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن
التحرز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء
وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة
بالرجل والذنب لا يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها
فى الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكن التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة
صار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه وان اصابت بيدها او رجلها
حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن
وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه فى الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدابة لا يعرى عنه
وفى الثانى ممكن لانه ينفك عن السير عادة انما يفك بتعنيف الراكب والمرتدف
فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف وان راثت او بالت فى الطريق وهى تسير فعطب به
انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل
ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد
فى هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم
منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصاب بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصاب بيدها
دون رجلها والمراد النفحة قال رحمه الله هكذا ذكره القدورى فى مختصره واليه مال
بعض المشايخ رحمهم الله ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب
عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ رحمهم الله ان السائق لا يضمن النفحة
ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها منها فلا يمكنه التحرز بخلاف الكدم لامكان
كبحها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعى رحمه الله يضمنون النفحة كلهم
لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه
النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب قال
وفى الجامع الصغير وكل شىء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان
بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة

فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب فيما اوطاته الدابة بيدها او برجلها
ولا كفارة عليهما وعلى الراكب فيما وراء الابطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف
بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان
لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة
لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون
السائق والقائد لانه يختص بالمباشر ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق
ما اوطات الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر
اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان واذا اصطدم فارسان فماتا
فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما يجب على عاقلة كل واحد
منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله
وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا
كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة
الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت
مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا
للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل
صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره
وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه
فرجحنا بما ذكرناه وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي
ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطاء ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطاء لان الجناية
تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فيهدر ضرورة
وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا
والآخر عبدا ففي الخطاء يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة الحر
المقتول ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله يجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر
فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب

على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر
يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا
قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج
على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها
لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام
فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما
في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فتقيد بشرط السلامة ومن قاد
قطارا فهو ضامن لما اوطاء فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان
القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير
فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه
وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل
وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها
واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد
لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال
وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى
عاقلة القائد الدية لانه لا يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره واذا ترك الصيانة
صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطاء ثم يرجعون بها على
عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما
في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة
لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه آمر
بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ عن ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط
اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه
لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها
سائقا فاصاب في فوره يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل
طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر

سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل
كلبا ولم يكن له سايقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد
وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف
فعله الى غيره وهذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل
لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه فلا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رحمه الله وذكر
في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصاب في فورها فالمرسل ضامن لان
سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم
الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت
بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لان ذلك الوقفة تحقق مقصود
المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم
الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه
من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد
منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل
بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر
لا يضمن لما مر وان انفلتت الدابة فاصابت مالا او ادميا ليلا او نهارا لا ضمان على
صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة
ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته
قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود اللحم فلا يعتبر
الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل
والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي
ان النبي عليه قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان
فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه يشبه
الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه
الادمي في ايجاب الربع وبشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل

بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات
احديها ومن سار على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته
بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب مدفوع ان يدفع الناخس فاضيف
فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعدي في التسبيب والراكب غير
متعدي فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون
الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس
كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت ديته على
عاقلة الناخس لانه متعدي في تسبيبه ففيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه
على رجل او وطئته فقتله كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه
والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان على الناخس
والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطي الدابة والثاني مضاف الى
الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب
لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به
وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب
فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف
اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه
يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط
او علة للسير والسير علة للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر
حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة
الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل
لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا
امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي
فانهم لا يرجعون على الامر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله
سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء

في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب
لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها
رجل فانفلتت من يد القايد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها
سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته
واذا كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في
الطريق فنفحت انسانا فقتله فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعدي بشغل
الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطاء قيل لمولاه اما ان تدفعه او تفديه وقال
الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف
في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم وله ان
الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة يتحمل عنه
ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب
في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل
في الجناية على الادمي حالة الخطاء ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله
والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية ويجب على عاقلة الجاني اذا كان
له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة
حتى يجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فيجب
في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال
الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه
كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا سقط الموجب بموت
العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت
الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر
قال فان دفعه ملكه ولي الجناية فان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا
اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء
فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم

مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية
غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء
فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات
العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء
لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم
الجناية الثانية حكم الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء
جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان
يدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان يفديه بارش كل واحد
منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة الا ترى
ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر
حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر
حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر
يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج
وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان
الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد
اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الاخر لان الحق متحد لاتحاد
سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق
في موجبها وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها فان
اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الوجه الاول فوت حقه فيضمنه وحقه
في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا
لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للاخر وعلى هذين الوجهين البيع
والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار
على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس
فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي رحمه الله بالبيع واخوانه
لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب

ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار
للمشترى لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض على البيع
لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة
الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجنى عليه
فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة
دون البيع واعتاق المجنى عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه فعل المأمور مضاف
اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزوا منه وكذا اذا كانت
بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف
وطى الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص
بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا
بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولى
الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال
ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك
وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية
لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق والعتاق بالشرط ثم حلف
ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا
ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه
بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء
من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات
من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه
طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحت ما لا يمكن الامتناع عنه
اذ اليمين حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعى اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة
الاختيار قال ـــــ واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه
ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء
اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا

لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجرى القصاص بينها وبين اطراف
الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل
والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطى المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها
عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان الاقدام على الاعتاق يدل على قصده
تصحيح الصلح لان الظاهر ان من يقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وان
يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد دل
الدليل على انه رضى في ماله لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى منه
بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء
على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع
المقطوعة يده ودفعه اليه فاعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى اخر
ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس
ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب وبعض مشايخنا رحمهم الله
قالوا انما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان
وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر
فيصح العفو ظاهرا بعد ذلك وان بطل حكما بقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص
اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية
لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل واذا
جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه
قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون
بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن
الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء
فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبى حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها
المولى الى الغرماء لان الاجنبى انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق
لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما

واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع معها الولد في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد في يد رجل زعم ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطاء فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابراء العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول للمنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية

لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بيناه ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي القاتل على الصبي الامر ويرجعون على العبد الامر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية وكذلك اذا امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع والفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لان عمده خطاء واما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه لما عفى احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف وان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطاء فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لوليي الخطاء لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطاء في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف ولا يتضايق في الفداء وان دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطاء وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلثة ارباعه لوليي الخطاء وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطاء بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول ابي حنيفة رحمه الله

فصل

ومن قتل عبدا خطاء فعليه

قيمته لا يزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له
بعشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة الاف قضي له بخمسة
الاف الا خمسة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي
رحمهما الله يجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك
في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى
وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه
ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية
ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب
اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب باعتبار المالية اذ الغصب
لا يرد على المال وبقاء العقد يتبع فائدته حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص
بدلا عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه
لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف
ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما قال ـــــ وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة
لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته
وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما
قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان
الغصب ضمان المالية ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة
غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى
ان اعتقه (اي الى وقت الاعتاق) ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق
لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق
للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء
فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين

في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما
من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله
في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة
اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها
منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية
والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه
وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب الحكم بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول
لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك
المسئلة لان ملك اليمين مغاير لملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل
لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار
حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه
ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل
الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا
اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد
وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل
وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني ومن قال لعبديه
احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين
والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة
عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار على ما عرف (اي في الاصول) وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما
حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب
قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ولان القياس يابى
ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف
فاثبتناه له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهو في النفس

دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها ومن فقئ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده
واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال
الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت
فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه
واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة فالضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا
فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس
المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا
كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه
وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت
معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو
قطع يد عبد اخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية
على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك
الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر او ام الولد
جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى
بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير والاستيلاد من غير
اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته
ومن الارش لانه حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة
ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف
القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات
المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولانه دفع

القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر
قيمته لكل واحد في حالة الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى
جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور
على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء
اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على
المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار
كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية
طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما
من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم
الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطال ما تعلق من حق
ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة
واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة
وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير
واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به عتق ولم يعتق لان موجب جناية
الخطاء على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات
في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك
في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير
كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت
السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى
عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه
فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله ومن غصب مدبرا فجنى عنده
جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه
عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه
ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون من ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما

في الموجَب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق بنصف البدل
بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق بنصف العبد بهذا السبب ويدفعه
الى ولي الجناية ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به على الغاصب عوض
ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل
في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه
حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا
من بدل العبد في المالك فارغا باخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذ
على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان جنى عند
المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع
بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل
بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا
يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول عند محمد رحمه الله ثم
وضع المسئلة في العبد قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية
اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع الغاصب بنصف القيمة فيدفعه
الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده
دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب
في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد
وفي الاول يدفع القيمة ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب
عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب
فيدفع نصفها الى الاولى لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه
لا حق لغيره انما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب
لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى

ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل
ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق
لمحمد رحمه الله ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية
كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق واما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل
عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال
ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاءة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة
حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس لا يضمن في الوجهين وهو
قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا
لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن
بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى
مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل مكان فاذا نقله
اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة
اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن ويجب الدية
على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلة الدية وان
اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي
رحمهما الله يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ
بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف
والشافعي رحمهما الله يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد
والصبي وقال محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير
وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشر سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر ولهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا
لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد
الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب
الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها

على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره
مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه
بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على نفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة
عبدا لان عصمته لحقه وهو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه
غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي في يده المال
دون غيره وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير الايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله
وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم
فيتخيرهم الولي بالله ما قتلنا وما علمنا له قاتلا وقال الشافعي رحمه الله اذا كان
هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمدا
كان الدعوى او خطاء وقال مالك رحمه الله يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في العمد
وهو احد قولي الشافعي رحمه الله واللوث عندهما [اي الشافعي ومالك] ان يكون هناك علامة القتل على
واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير
عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه
لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا لا دية عليهم وللشافعي رحمه الله في البداءة
بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان
اليمين يجب على من يشهد له الظاهر ولهذا يجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولي يبدا بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها
نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام
بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين
حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال
المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترم وله يتخيرهم الولي اشارة ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل
المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين

النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد
يمين الطالح ولو اختار اعمى او محدودا في القذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال
واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رحمه الله
لا يجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها
ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه
عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زياد بن مريم وكذا جمع
عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام يبرئكم اليهود محمول على الابراء
عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئ عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت
يجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا
بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم
ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما
في قتل الخطاء ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاته تعظيما
لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل
عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا
الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض
لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى
على البعض باعيانهم سنذكره من بعد ان شاء الله وحده قال وان لم تكمل
اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى
بالقسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت
خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رضي الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين
واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة
ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم ليس له
ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا
من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا امراة ولا عبد لانهما ليسا من اهل
النصرة واليمين على اهلها وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل

اذ القتيل في العرف من فاتت حيوته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر
يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب وخنق وكذا اذا كان
خرج الدم من عينيه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج
من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه
في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في
محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل
من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه
بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه
ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه يتكرر القسامتان
والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال
لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا يجب في الموجود وان كان بحال لو وجد الباقي
لا يجري فيه القسامة يجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا
الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على
اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة
والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم
لانه ينفصل ميتا لا حيا واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته
دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها
فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما وجد في دارهم قال وان مرت
دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل
وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي
وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين القريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب
فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كانت بحيث يبلغ اهله الصوت لانه
اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا وان وجد القتيل في
دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم

وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رحمه الله
وقيل هو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير
كما يكون بالملك يكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان
سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم وكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم
واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج
وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا
الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب
الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية
التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال
وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم
فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم
واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه ويدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقلة لان
رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم
ولهما ان الحضور تلزمهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة و
اذا وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس
الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير
فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل
فالدية على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار
فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا
على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب

دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر
قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى ان
يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع
قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد
المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون
عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ به يقدر على الحفظ ومن كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم يعقله العاقلة حتى يشهد الشهود وانها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب
اليد حتى يعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي
لايجاب الدية على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد
من اقامة البينة وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين
لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان
وكذا على من يمدها المالك فيها وغير المالك سواء وكذلك العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف
رحمه الله ظاهر والفرق لهما ان السفينة ينقل ويحول فيعتبر فيها اليد دون الملك
كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانه لا ينقل قال وان وجد في مسجد محلة
فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع والشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه لعامة المسلمين لا يختص به واحد منهم
وكذلك الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان
مملوكا فعند ابي يوسف رحمه الله يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا
كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن
فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الدية والقسامة على اهل السجن
لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن
مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاهل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق
المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن
وهي مختلف فيما بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان وجد في برية ليس بقربها عمارة
فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرناه من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه

الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا لم يكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالقسامة
والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط
الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ
فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع
فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو يقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء
ويوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام
يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه
لم يسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال
وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة
عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم
بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان
القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون
بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه
عليهم وسقط لفقد شرطه واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة
لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم
بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة
قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي
رويناه انما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر
اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية
والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك
وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو
قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان
فيجب على المالك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد ذكرناه قال
واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه
يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكر لانه لما اقر بالقتل

على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه واذا شهد اثنان من اهل
المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم يقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على
غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم
قائلين للتقصير الصادر منهم فلا يقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي
اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رحمه الله وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير
من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها
عليه لم يقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه
فكان متهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزادون على ذلك
لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك
الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون
النفس ولا قسامة فيه وصار هذا على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله كما اذا لم يكن
صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان
صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزمه بالشك
ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن
الذي حمله في قول ابي يوسف رحمه الله وفي قياس قول ابي حنيفة رضي الله عنه يضمن لان يده
بمنزلة المحلة فوجوده مجروحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة
القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل
كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا يدخل في
الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب
اذا وجد قتيلا في دار نفسه لانه حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل
نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا
قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الاخر الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل

نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الظاهر
ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل
في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليها القسامة تكرر عليها الايمان
والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة
على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست
من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة
قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لانا انزلناها قاتلة
والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب
الارض من اهلها قال هو على صاحبها لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية والله اعلم

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة بضم القاف وهي الدية وتسمى الدية عقلا
لانها تعقل الدماء من ان تسفك والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس
القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرنا
في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك
للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا
الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب
مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف
وانما خصوا بالضم لانه قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين
في تركهم مراقبته فخصوا به والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان
يؤخذ من عطياتهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت
اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على اهل العشيرة لانه
كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها
الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان
وكان ذلك بمحضر الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى
لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي
عهد عمر رضي الله عنه قد صارت فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم

قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة
كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه فى اصول اموالهم والتقدير بثلث
سنين مروى عن النبى عليه السلام ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطا
للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا فى اكثر من ثلثة او اقل
اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء
حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها
لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل عطايا فى سنة
واحدة معناه فى المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا وان كان جميع الدية فى ثلث
سنين فكل ثلث منها فى سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان فى
سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين فى السنة الثانية وما زاد على ذلك
الى تمام الدية فى السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل
الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلث سنين وقال الشافعى رحمه الله ما وجب على القاتل
فى ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا
ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى
كل واحد عشر الدية فى ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة
ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء
فيعتبر ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته
لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى العاقلة وتقسم عليهم فى ثلاث سنين لا يزاد الواحد
على اربعة دراهم فى كل سنة وينقص منها قال رحمه الله كذا ذكره القدورى فى مختصره
وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد
على كل واحد من جميع الدية فى ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد
فى كل سنة الا درهم وثلث درهم وهو الاصح فان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم
اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف وتضم الاقرب فالاقرب على ترتيب
العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون
لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او
اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا
حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليه اقرب الرايات يعنى اقربهم نصرة
اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله
عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه
صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول
هى احط رتبة منها الا ترى انها لا يؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية فى ارزاقهم فى ثلاث سنين فى كل سنة
الثلث لان الرزق فى حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر
ان كانت ارزاقهم تخرج فى كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان
كان يخرج فى كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج فى كل
شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى فى كل سنة مقدار الثلث
وان كان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم
ارزاق فى كل شهر واعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما الان لا عطية
اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين
بالنصرة فيتيسر عليهم قال ـــــ وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم
لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره قال الشافعى رحمه الله لا يجب على القاتل
شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل
اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ عنه اولى قال الله تعالى
ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل
لقول عمر رضى الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبى ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة
لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف
عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شئ عليهما من الدية بخلاف
الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا
لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبى عليه السلام
ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر اخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان

التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب
اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم
اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان
منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة يعقل عنه اهل الكوفة لا يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه
والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب
والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير
من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية
اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين
اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون
عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم
وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب
بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير الغيبة
المقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء
لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانهم
لا يتنصرون بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته
على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني
العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية
في ماله في ثلث سنين من يوم تقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل
انما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت واذا لم توجد بقيت عليهم بمنزله باجرين مسلمين
في دار الحرب فقتل احدهما صاحبه يقضي بالدية عليه في ماله لان دار الاسلام لا يعقلون
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم
التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا
هذا اذا لم يكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي
ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر ولو كان
القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه

يقضي بالدية على العاقلة من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته من
اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت
وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما وجب عند القضاء
لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل
عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد
القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل يؤخذ من
عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة
بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول
فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول
لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها اهل الكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضي بالبادية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل
البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث
يصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء
الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال
اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء
من جنس ما قضي به عليهم بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى دراهم
ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال
وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ولان النصرة بهم ويؤيد ذلك قول النبي عليه السلام مولى
القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به
فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء قال ولا يعقل
العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن
عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل
العواقل ولا عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة

نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف في القليل وانما هو في الكثير
والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس
فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله
او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عليه السلام
اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه
يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان
في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا يعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم
بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع
كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطاء ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد
سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت القضاء
في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى وتصادقا القاتل وولي الجناية على ان
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على
العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما
تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له
عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته يقر على نفسه وفي حق العاقلة
مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطاء كان على عاقلته لانه
بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي رحمه الله يجب في ماله لانه
بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمله
العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه يتحمله كما في الحر
وقدم من قبل قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال
لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته ليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان
ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية
شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان يجب الدية على القاتل لانه بدل متلف
والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له

عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة العاقلة نسبة ثابت منها
دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب
في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية
واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان
بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون
عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد
كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لان عند الاداء يتحول ولاؤه
الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو اخر جزء من اجزاء حيوته فتبين ان قوم الام عقلوا
عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية
رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ثبت باقراره في ثلث
سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر او على عاقلته الدية لان الديات تجب مؤجلة
بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل
الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث
لم ينتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد
الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني
ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى
لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت
العاقلة واحدة فلحقتها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده
الا في ما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه
من النظائر والاضداد والله الموفق للسداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية وما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يابى جوازها لانه تمليك
مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا
فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر
في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط

بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم يصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن مالك رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما روينا واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكباير وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاستغناء لكن الاستناد يظهر في حق القايم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضى ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا

وعنده لا يبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا يجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى ينفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حال الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية قال الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت لتعلقها به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقير والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب فالاول اولى ولانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيتخير بين

الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر رحمه الله وهو احد قولي
الشافعي رحمه الله هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث
يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له
بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة
خلافة حتى يثبت هذه الاحكام فتثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة
واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته
استحسانا والقياس ان يبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول وصار كموت
المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البيع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت
بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته انما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما
في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه
دين يحيط بماله لم يجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه
فرض والوصية تبرع وابدا يبدا بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق
الدين فينفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا يصح وصية الصبي
وقال الشافعي رحمه الله يصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية
يفاع (اسم رجل) او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ
يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته
قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه
وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في
النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق
فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات
بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان
وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد
والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فيصح اضافته الى حال سقوطه قال
ولا يصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة
رحمه الله لا يصح وعندهما يصح ردها الى مكاتب بقول كل مملوك املكه فيما استقبل

فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان
الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث
فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه ترتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها
تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام
فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود
كالثمرة فلان يصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية
والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد
الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل
ان ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه منه ولا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع
لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت
والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل
ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح
فقد قام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة
ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان
رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب قال وكل فعل يوجب زيادة
في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار
يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن
تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف
تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك
الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع منه لان الوصية
لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى
حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان
من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال وان جحد الوصية

لايكون رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع
نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فالاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان
الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال لضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود
لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون
رجوعا حقيقة ولهذا لايكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان
فهو حرام وربوا لايكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة
لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لايكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير
الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان
فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم
اوصى به لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي
يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان
الاخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة
كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت
الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر
بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لايزاد عليه
عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق والمحل يقبل الشركة
فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث ولاخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل
واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب
الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثة اسهم لصاحبه سهم وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى
لاحدهما بجميع ماله ولاخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما
وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رحمه الله الموصى له بما زاد على
الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد
شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة

من الورثة اذ لانفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفصيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل
ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة
بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة
بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته يزيد على الثلث فانه
يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة
بدليل انه لو هلك واستفاد مالا اخر يبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت
التركة ينفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو
اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية
بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن
ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز في الاول ايضا
نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال ولو اوصى بسهم من ماله فله
اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة
لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف
اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان
السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام
هو معاوية بن قرة قاضي بالبصرة
فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
فيذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا
السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول
يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي
فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر ثلث مالي
واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال
في ذلك المجلس او في مجلس اخر سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا
بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة
قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج

من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقي لان كل واحد منها
مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما
اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد
ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي
وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما
قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله
لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت
من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع
جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذلك
الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها
وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول
اشبه للفقه المذكور فيه قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان
خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس
فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج من شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي
الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين
فضلا عن الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما
يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث
كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد
وجدار وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده
صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو
فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف
الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى
ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت
لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت

ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك
ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل
فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت
بالعين فيبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية
تصح لانه لو كان بلفظ المال تصح فكذا اذا كان باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت
فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه
لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليته يوجد في مطلق المال
ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافتها الى المال
وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة
علم انه مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها
الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها
الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده
وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة
ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جايزة والفقراء والمساكين جنسان
وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك
في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة اسهم
ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل
لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة
للثلث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد رحمه ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى
مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بينا قال ومن
اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة درهم ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة
لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباتها بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه نصيب
كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولاخر بمائتين ثم كان

الاشتراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة
كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان
علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
والقياس انه لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن
تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا
منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية وجعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم
فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على
الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا
والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم
المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعلم
بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب
الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق
وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين
فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في
قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على
ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية
ويبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في
الثاني بخلاف ما اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل
للحي والوارث من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي
وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او بدين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية
انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن
وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف

ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لان الوارث يصير فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا
كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى
يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا
قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء واوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب
ولا يدري ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل
واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء
وتحصيل المقصود فبطلت قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا
زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث
الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له
في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له
في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون
الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون
لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال
واذا كانت الدار بين رجلين واوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه
للموصى له وان كان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت فهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره
لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول وتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة
التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها
ووقع البيت في نصيب الموصي ينفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع
في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصيب البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته
كالجارية الموصى بها اذا قتلت ينفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث
لا يتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة
ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به
من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع

البيت اذا وقع في نصيبه فينفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما
المقصود الافراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير
كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر ينفذ في قدر ذرعان جميعه مما في
وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه اولان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به
تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين
التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير اولانه اراد التقدير على
اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق
المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم
اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه
بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند
محمد رحمه الله فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت
وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما
لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان
لان الموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل
لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير
لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا يصح حتى لو ملكه بوجه
من الوجوه ثم مات لا يصح وصيته ولا ينفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف
بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمتنع من التسليم
بخلاف ما اوصى بالزيادة على الثلث واجازة الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها
ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي
قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث
ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو
قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث يتضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء
النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شايع في التركة وهي في ايديهما
فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث

فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء
الا ان يسلم للورثة مثلا ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر له ايضا فيأخذ
نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت
بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة
والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك
الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب
بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رحمه الله
يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل
له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا
يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما ثلثا كل واحد
لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال
كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل
والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا ينتقض الوصية في بعض
الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل
بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به
القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت
قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه
بعد القسمة **فصل في اعتبار حالة الوصية** واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها
بوصية او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم
بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة
الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت
وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف
الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند
عدم الدين يعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا

انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه
ولكن سبب الارث وهو البنوة قايم وقت الاقرار فيعتبر في الايراث تهمة الايثار
بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة
وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره
قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار
ان لم يكن عليه يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له
وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى
انها يصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت
بمنزلة الوصية فلا يصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول
ذلك ولم يخف فيه الموت فهبته من جميع المال لانه لما تقادم العهد صار طبعا من طباعه
ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث فان وهب
عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف
منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جايز وهو معتبر من الثلث
ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جايز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت
وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتداء
المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة
وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة
دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من
جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء
تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة
اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين
والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته
في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت

الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي
ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقه
الفسخ من جهة الموصي فاذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما
من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه
الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله ان المحاباة اقوى لانها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته
والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا رفع الاضعف واذا وجد العتق
اولا ثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب
المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق
ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة فما اصاب العتق قسم بينه وبين
العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق بهذه المائة
عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصية بحجة
يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن
اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى
باقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانه قربة محضة هي
حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي
اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل اخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى
تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه
من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا
قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع العبد في شيء لان العتق
في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة
الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات

فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية
مقدم على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول
بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى او وارثه بعد موته
فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموا وجازت الوصية لان العبد
طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله
لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال
الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل شيء من الثلث
او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة
بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره
لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال
فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين لان العتق حادث والحوادث يضاف الى اقرب
الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا
ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم او يقوم البينة ان العتق في الصحة
لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن
ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال
صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى في شيء
لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كانهما كانا
معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين
اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى
يدفع الادنى وقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع
من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى
حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض
مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي
على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة
اقوى وعندهما سواء **فصل** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت

الفرائض منها قدمها الموصى او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم
من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة يبدئ بما قدمه الموصى
اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدأ بالاهم وذكر الطحاوي رحمه الله انه يبتدأ بالزكوة
ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وفي رواية عنه يقدم الحج
وهو قول محمد رحمه الله وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة تعلق بها حق
حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا
عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء
فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة
على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم
بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا
وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد
فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل
الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضى الله سبحانه وتعالى فكل واحدة
في نفسها مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام
احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال
ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه
ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه فان لم تبلغ الوصية النفقة
احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه
غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن
فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق
من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا ومات في الطريق واوصى بان يحج عنه يحج
عنه من بلده عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله يحج عنه من حيث يبلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره
في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره

وقد وقع اجره على الله فيبتداء من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم
يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية ينصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب
على الواجب على الوجه الذى وجب والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال واذا اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة وهذا
استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهى الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولانه تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه
الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلوة
لجار المسجد الا فى المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه
ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعى
رحمه الله الجوار الى اربعين دارا بعيد وما روى فيه ضعيف قالوا ويدخل فيه الساكن والمالك
والذكر والانثى والمسلم والذمى لان اسم الجار يتناولهم ويدخل عبد الساكن عنده لاطلاقه
ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره
فالوصية لكل ذى رحم محرم من امرأته لما روى انه لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذى
رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبى عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد
وابى عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم
محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصى والمرأة فى نكاحه او فى عدته من طلاق رجعى
فالصهر يستحق الوصية وان كانت فى عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاءه ببقاء
النكاح وهو شرط وقت الموت قال ولو اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم
محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لا يتناول الا
ازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل
قال ومن اوصى لاقاربه فهى للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه ولا يدخل فيه
الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال صاحباه
الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له فى الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك
الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الخلاف

يظهر فى اولاد ابى طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة
فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا فى الوصية والمقصود من
الوصية تلافى ما فرط فى اقامة واجب الصلة وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه
قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب
فى عرف اللسان من تقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره
ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى
الاب فى الاسلام وعند الشافعى رحمه الله بالاب الادنى قال ومن اوصى لاقاربه
وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابى حنيفة رحمه الله اعتبارا للاقرب كما فى الارث
وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين للعم نصف الوصية
والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية كما فى الميراث
بخلاف ما اذا اوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد
كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا
وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهى اقوى والعمة وان لم تكن
وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوى قرابته
او لاقربائه او لانسبائه فى جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت
الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهى على زوجته عند
ابى حنيفة رحمه الله وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو
مؤيد بالنص قال الله تعالى واتونى باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة فى الزوجة
يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى
الحقيقة قال ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التى ينسب اليها
ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل
نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه
اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب
الاب والام ولو اوصى لايتام بنى فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا

نوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقق
التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم
لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر
بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث يبطل لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن
صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف
اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع
واقله اثنان في الوصايا ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رحمه الله
اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور
خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما
اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها
اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني ادم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وخلفاؤهم
قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد
ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ
الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث
قال ومن اوصى لمواليه وله موالٍ اعتقهم وموالٍ اعتقوه فالوصية باطلة وقال
الشافعي رحمه الله في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في مواضع انه يوقف حتى يصالحوا
له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة
لان احدهما مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد
في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل
لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا
يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية يضاف
الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان
سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق
يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالٍ واولاد الموالي وموالي مولاه يدخل

فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون
ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة
في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا
يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم
ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موالٍ ولا اولاد الموالي
لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليهم عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد
وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي لورثته لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز
ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا
وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

ويجوز الوصية بخدمة عبده
وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة
الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في
حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف
على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين يبقى والمنفعة عرض لا يبقى
وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما
قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في
الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما
لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء
لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان
لا يخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو
اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار
مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس
للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان لهم ذلك لانه
خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت

مال اخر ويخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده
والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعوا عنه فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي
اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها
ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي
بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره
فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل
المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا
استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه
من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها
وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد والدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك
لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده
بخلاف العارية لانه اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل
مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل
في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه
ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل
والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يملك الرجوع
فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال
احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية
لمن تملكها تبعا للملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي
تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى
وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير
الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما
يعرف من مقصود الموصي اذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان تلزمه
مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة
عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به

كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى وان لم يكن له مال غيره
كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ولو اراد الموصى له قسمة
الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي
يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا
نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو الطالب
ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له
بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها
لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر
فيعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في
الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة
لانسان آخر لان الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ولها نظائر
وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر
بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب
الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك
الجواب عند ابي يوسف رحمه الله وعلى قول محمد رحمه الله الامة للموصى له بها والولد بينهما
نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رحمه الله ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان
مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح
وان كان مفصولا لان الوصية لا يلزم شيئا في حال حيوة الموصي وكان البيان المفصول فيه
والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة
والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام
الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان
وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية
فيه للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم
الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه
فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا

لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة
دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة
وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش
وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة
اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه
لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة ينتظم الموجود
وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة
ارضه وداره فاذا اطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا
اطلقت لا يراد بها الا الموجود ولهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال ومن
اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد
وما في ضروعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا
او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم
والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة
المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك الجواز
في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواه لا يجوز ايراد
العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها
لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او
كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله
والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح
عندهما قال ومن اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى
ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف
ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال ولو
اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم

قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة في
معتقدهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى
بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا
عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به
ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محرزا خالصا
لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا
للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به
وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة
الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه
فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في
معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرنا وما اذا اوصى الذمي بان يذبح خنازيره
ويطعم المشركون وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا والوجه ما بيناه
ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان
يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة
ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس
او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم
لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة
لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه
معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب
الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر
وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة
وصاحبيه رحمهم الله وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف
المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي
بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لورثته ولهذا ينفذ باجازتهم

وليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولا لحرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك في حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حيوته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية قال ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشرى عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك لانه حي قادر على التصرفات بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار وان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرى وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصية حين قال

لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء الا ان في ابطاله مضرة بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاولى وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر عنه وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيدفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه قبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه سيبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلمين ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالجناية فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم يصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رحمه الله مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة رحمه الله وتارة مع ابي يوسف رحمه الله وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيها اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى كما هو المروي عن ابي حنيفة

رحمه الله او بقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل
اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية
لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته ونقص كفايته
فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان
الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية
للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار
غيره كان دونه لما انه مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور
شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه
لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت
الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها
فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما
ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء
الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان
الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية
الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على
الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص
كل واحد بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض
فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى
وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت
بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ
يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا
على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما
بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة
مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه
لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم

لانه يخاف موته جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا
وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب
الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه
لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي
والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول
الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب
الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة
لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال
وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة
لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على
الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد
وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب
الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي
مكانه وصيا اخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا
اخر نظرا للميت وعند ابي يوسف رحمه الله الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي
قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الميت
ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة اذا اوصى
الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه
وعن ابي حنيفة رحمه الله لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا
اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفى فاذا مات الوصي واوصى
الى اخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون
وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برايه
لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد
الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس

ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذلك الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره
مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني فيه منزلته
فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو
تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل
مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي
الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت
حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا
فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد
الوصي ليس له ان يشارك الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد
ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي
خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة
لم ينفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار
كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم
الورثة واخذ الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان
اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه
الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع
بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي
ولو افرز الموصي بنفسه ما لا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا
افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية الثلث فيجب
تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد
لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم يعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة
فيحج بما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك
الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة
الى القاضي فقسمها والموصى له غايب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات

الموصى له قبل القبول يصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق
الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغايب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر
الغايب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا
من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جايز لان الوصي قايم مقام الموصي فلو تولى حيا بنفسه
يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها
الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا بخلافه
قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي
وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فيكون العهدة
عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم
فقد اخذ الوصي البايع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما
ترك الميت لانه له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لانه
ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله انه يرجع
في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر
انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي
او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ
يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة وامينه
سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان
كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال
وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك
واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته
لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم
فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى
لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي
ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير

لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد
المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم
النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونها لان التصرف
بالفاحش منه تبرع لاضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء
على الوصي كتب كتاب الشراء على حدة وكتاب الوصية على حدة لان ذلك احوط ولو كتب
جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في اخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب
ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل
لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغايب
جايز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان
القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغايب
الا انا استحسنا لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ
اما العقار محصن بنفسه ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الاخ في الصغير والكبير الغايب بمنزلة وصي
الاب في الكبير الغايب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان
وصيهم قايم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال
والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع اقامه
مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء ينتقل
ولاية الاب اليه فكانت ولايته قايمة معنى فيقدم عليه كالاب بنفسه وهذا لان
اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه قال
فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى
ملك الانكاح دون الوصي غير انه تقدم وصي الاب في التصرف لما بيناه والله اعلم

فصل في الشهادة

واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة
باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له
وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي

ولاية نصب الوصي ابتداء وضم اخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فيثبت بنصب القاضي قال وكذلك
الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما
نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال
الميت وغيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في
المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان
في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف
في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ
وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير
التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته
لا في غيرها قال واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم
وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق
للاخرين بوصية الف درهم لم يجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يقبل في الدين ايضا وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف
مع ابي يوسف رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله وجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي
بقضاء دين احدهما ليس للاخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق
بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه
الاخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال الحيوة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال ولو
شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى
للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه
لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى بثلث ماله للشاهدين
فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد

المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه
الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى فصل في بيانه

قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان
يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال
من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة
على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق
لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر
بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو
وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله
ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في
الاخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال
واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما
يحتلم الرجل وكان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي
كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج
فهو امرأة لان هذه من علامات النساء فان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو
خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

قال الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم
بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف
الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء
لاحتمال انه رجل فيفسد صلوته وان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته
لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه
وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة واحب الينا
ان تصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا
فقد ترك سنة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب
ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب

وان لم يعد اجزاه ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه
رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عسى انثى او يختنه امرأة لانه لعله رجل
فكان الاحتياط لما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب
المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له
في حوته لبس الحلي والحرير وان يتكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به
غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم
وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا
يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة
لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ
قال ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى
لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر
او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال
القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل
او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل
فان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين
امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى
احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا
امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان
ذكرا فالتسجية لا يضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي
الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم
على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف
الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى
لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن
كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت
سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا

وخنثى فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى
عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى
وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني
عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة
للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق
ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب باربعة وذاك
يضرب بثلاثة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما
نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث
واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان وفي حال اثلاث للخنثى سهمان وللابن اربعة
فسهمان للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزايد فيتنصف فيكون له سهمان
ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن
سبعة ولابي حنيفة رحمه الله ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث
الانثى متيقن فيه وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن فصرا عليه لان المال لا يجب
بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن به
كذا هذا الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك
الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي
خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف
وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع وللاخوين لام الثلث
والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى
براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك
في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز انما
هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش
من الاهلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما يعتبر اذا
صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد

ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط
جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه
ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الابدة عرفناه
بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز
نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة
فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ
مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز وهو في حق
الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق
في الغايب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق
الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة الكتابة من الصريح فلا بد من النية وغير مستبين
كالكتابة على الماء والهواء فهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد
ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا
ولا حاجة الى الحدود ولانها حق الله تعالى وانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا
للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف
صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة
الا ترى انهم لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا
لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كساير
المعاوضات التي هي حق العباد اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس
فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب
من الغايب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون
فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغايب
في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة
المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف

ما توهم بعض اصحابنا رحمهم الله لانه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه
حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا
لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الاشارة وفى
الاشارة زيادة اثر لم يوجد فى الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا
وكذلك الذى صمت يوما او يومين لعارض لما بينا فى المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة
وقيل هذا تفسير معتقل اللسان قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة
فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل
وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما فى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع
ذلك لان الميتة المتيقنة تحل فى حالة الضرورة فالذى يحتمل ان يكون ذكية اولى
غير انه يتحرى لانه طريق توصله الى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال
الشافعى رحمه الله لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان
التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار
ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين
لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا على الغالب
وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع فسقط اعتباره
دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت
الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تم كتاب الهدايه بحمد واهب الفهم والدرايه فى البداية والنهايه والصلوة
والسلام على نبيه النبيه باشرف الفضيلة واكمل العنايه وعلى آله وصحبه
الاكرمين الاطهرين من الغباوة والغوايه المجاهدين فى سبيل الله اقصى
الغايه وعلى التابعين المجتهدين فى توضيح طريق الشرع والدين كل آيه
الناصبين فى محجة الهدى لارشاد زمرة الورى بالعلم كل علم ورايه والسلام على
اتبع الهدايه ظهر يوم الاثنين الثانى عشر من شهر رجب الاصم لسنة احدى وسبعين والف الهجرة
على يد العبد المذنب بير محمد بن اسمعيل محمد عفا الله له ولوالديه واحسن اليهما واليه